

Das Schenkungsversprechen.
Gesetzliche Konzeption und
Entwicklung in der Praxis.

von
Klaus Uhl

1982

*Duss
München*

Das Schenkungsversprechen. Gesetzliche Konzeption und Entwicklung in der Praxis.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Klaus Uhl

1982

Referent:

Professor Dr. Rother

Korreferent:

Professor Dr. Schlosser

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1982

Inhaltsübersicht

Vorbemerkung	1
1. Problemstellung	1
2. Methode der Untersuchung	1
<u>1. Kapitel:</u> Die Systematik des Schenkungsrechts im Gesetz	4
<u>2. Kapitel:</u> Die rechtliche Bedeutung des § 518	22
I. § 518 Abs. I, Satz 1: "Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich."	22
1. Problemstellung	22
2. Die Behandlung des Schenkungsversprechens in der Lehre	23
3. Die rechtliche Einordnung des Schenkungsversprechens	29
a) Das Versprechen im Sinne des § 518 Abs. I, Satz 1 enthält eine Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. I.	29
b) Die Erfüllung des Schenkungsversprechens und das Begriffsmerkmal der unentgeltlichen Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. I.	31
c) Das Leistungsversprechen des § 518 Abs. I, Satz 1 und das Begriffsmerkmal des § 516 Abs. I, "wenn beide Teile einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt."	32
d) Die Form des § 518 Abs. I, Satz 1.	38
4. Zusammenfassung und Ergebnis	41

II. § 518 Abs. I, Satz 2: "Das gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuld- anerkennntnis der in den §§ 780, 781 be- zeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungs- erklärung."	43
1. Die Bedeutung des § 518 Abs. I, Satz 2 für den Inhalt der notariell beurkun- deten Erklärung.	43
2. Die Bedeutung des § 518 Abs. I, Satz 2 für die Zwecke der Form.	46
a) § 518 Abs. I, Satz 2 soll eine Um- gehung des § 518 Abs. I, Satz 1 verhindern.	46
b) Die wesentlichen Formzwecke	50
3. Zusammenfassung	56
III. § 518 Abs. II: "Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der Leistung geheilt."	57
1. Problemstellung	57
2. Die Heilungsbestimmung nach dem Ver- ständnis der Lehre und Rechtsprechung	57
a) Das Verhältnis von Heilung und Be- stätigung, die Bestätigungstheorie	57
b) Die Zweckerreichungstheorie	60
c) Die Heilungsbestimmung als Form- ersatz	63
aa) Die Erfüllung als ergänzender Tatbestandsteil des Rechtsge- schäfts	63
bb) Form und Heilungshandlung als alternative Wirksamkeitsvor- aussetzungen des Schenkungs- versprechens	65
d) Das formnichtig-heilbare Rechtsge- schäft im Sinne einer Naturalobli- gation	68
e) Die Theorie von der teilweisen Formnichtigkeit	70

3. Das bereicherungsrechtliche Element	72
IV. Zusammenfassung: Die rechtliche Bedeutung des § 518	81
<u>3. Kapitel:</u> Die Entwicklung des Schenkungsversprechens in der Praxis	83
I. Überblick über das vorhandene Material	83
II. Die Schenkungsversprechen der Praxis: Grundstücksüberlassungen und Beteiligungen	87
1. Problemstellung	87
2. § 518 bei Grundstücksüberlassungsverträgen	87
3. § 518 bei gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen und Unterbeteiligungen	99
a) Die schenkungsweise Einräumung einer Beteiligung am Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes und die schenkungsweise Einräumung einer stillen Beteiligung und Unterbeteiligung am Gesellschaftsanteil des Gesellschafters einer Außengesellschaft.	102
b) Formulierungen der Praxis	115
4. Einzelheiten über den Inhalt der Schenkungsversprechen	127
a) Schenkung unter Vereinbarung eines Rechts zur weiteren Nutzung des Geschenkes durch den Schenker.	127
b) Schenkung unter Vereinbarung eines neben dem Nutzungsrecht bestehenden uneingeschränkten Verwaltungsrechts.	133
c) Schenkung unter Vereinbarung einer zusätzlichen Verfügungsermächtigung zugunsten des Schenkers.	136
d) Schenkung unter Vereinbarung eines Rückübertragungs- oder Widerrufsrechtes und Absicherung dieser Rechte.	143

e) Schenkung zur Erreichung besonderer wirtschaftlicher Zwecke.	150
III. Entwicklung eines neuen Schenkungstyps	153
1. Eine an Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit orientierte Schenkung	153
2. Begriffliche Einordnung	160
IV. Sinn und Bedeutung des § 518 für Schenkungsversprechen der Praxis.	173
Schlußbemerkung	185

Literaturverzeichnis

- Angermaier Die Sicherung des Rückkauflassungsanspruches des Schenkers durch eine Vormerkung für den Fall, daß der Beschenkte vor dem Schenker verstirbt, MittBayNot 1973, 77.
- Bartholomeyczik Erbrecht. Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 1971.
- Beitzke Nichtigkeit und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, (Recht und Zeit, Heft 9), 1948.
- Boehmer Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Auflage, Tübingen, 1965.
- ders. Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II. Buch, 2. Abteilung, Tübingen 1952.
- Böttcher-Beinert Die Aufnahme von Kindern in Familienunternehmen, München und Berlin 1965.
- Böttcher-Zartmann Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, Stuttgart 1968.
- von Bothmer Die rechtliche Construction des Widerrufs gültiger Schenkungen, ein Beitrag zur richtigen Auffassung der Schenkung, AcP 61, 335.
- Brandt Die Bedeutung der Rechtsformen, Kieler Blätter, 1942, 13.
- Burckhard Zum Begriff der Schenkung, Erlangen 1899, Festgabe für Ernst Immanuel Bekker.
- Burger Probleme der gesetzlichen Schriftform, Dissertation, München 1975.
- Coing Anmerkung zu OGH Köln, NJW 1949, 260.
- ders. Form und Billigkeit im modernen Privatrecht, Deutscher Notartag 1965, DNotZ 65, 29 ff, Anhang, München und Berlin 1965.

- Collier Nichtigkeit und Unwirksamkeit
im System der Bürgerlichen
Rechtsordnung. Dissertation,
Hamburg 1967.
- Cosack Lehrbuch des Deutschen bürger-
lichen Rechts, Band 1, 2.
Jena 1900.
- Crome System des deutschen bürger-
lichen Rechts, Bd. 1-5,
Tübingen 1900 - 1912.
- Dernburg Das Bürgerliche Recht des
Deutschen Reichs und Preußen
1. Band, Halle 1902.
- Dürrwächter Ist die Mehrwertsteuer in einem
zwischen Unternehmern verein-
barten Kaufpreis enthalten?
NJW 1969, 645 ff.
- Ebert Die wirtschaftliche Betrach-
tungsweise als Auslegungsgrund-
satz im Steuerrecht. Disserta-
tion, Mainz 1955.
- Ebbecke Formvorschriften, Recht 1911,
633 ff.
- Eckstein Das Schenkungsversprechen,
seine Erfüllung und sein Ver-
hältnis zur "Realschenkung".
AcP 107, 384 ff.
- Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
8. u. 9. Auflage, Bd. 1-3,
Berlin 1903.
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse,
15. Auflage, Tübingen 1958.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts. Ein Lehrbuch,
Erster Halbband, 15. Auflage,
Tübingen 1959; Zweiter Halbband,
15. Auflage, Tübingen 1960.
- Erman und Bearbeiter Handkommentar zum BGB, 2 Bände
mit Nachträgen, 6. Auflage,
Münster 1975.
- Esser Schuldrecht, Band II: Beson-
derer Teil, 4. Auflage,
Karlsruhe 1971.
- Esser-Weyers Schuldrecht, Band II, Beson-
derer Teil, Teilband 1, Die
Verträge, 5. Auflage, Heidel-
berg, Karlsruhe 1977.

- Esser-Schmidt Schuldrecht, Band I, Allgem. Teil, Teilband 1, 5. Aufl., Karlsruhe 1975.
- Eversheim Bedeutung der die Schenkung beschränkenden Formvorschriften nach gemeinem Recht und bürgerlichen Gesetzbuch, Bonn 1889.
- Fikentscher Schuldrecht, 6. Auflage, Berlin-New York 1976.
- Flume Allgem. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1975.
- ders. Die Vertragsfreiheit aus der Sicht der Kautelarjurisprudenz, DNotz 1969, Sonderheft, 33 ff.
- Friedhofen Schenkung unter Widerrufsvorbehalt im Erbschaftssteuerrecht, DB 1972, 458 ff.
- Friedländer Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, NJW 1956, 1049 ff.
- Gebhard Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schuldverhältnis, Jus 1970, 597 ff.
- von Gierke Deutsches Privatrecht, Dritter Band, Schuldrecht, München und Leipzig 1917.
- Goldmann-Lilienthal Band I: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, 2. Auflage, Berlin 1903-1912.
- Goldschmidt Kritische Erörterungen zum Entwurf des BGB.
- Godin Freiherr von Die unentgeltliche Aufnahme eines Innengesellschafters, JR 1953, 171 f.
- Haegele-Litfin-
Langenfeld Handbuch der Familienunternehmen, 6. Auflage, Stand: Oktober 1979, Köln.
- Häsemeyer Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Göttingen 1971.
- Halmburger Moderne Rechtsformen der Wirtschaft; Familienunternehmen: Recht, Steuer, Hamburg 1976.

Hang	Inhalt und Grenzen der notariellen Belehrungspflicht, DNotZ 72, 388 ff, 452 ff, München 1972.
Haymann	Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1905.
ders.	Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft, Jher Jb 56, 86 ff.
ders.	Zuwendung aus fremdem Vermögen, Jher Jb 77, 243.
Heck	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
Hedemann	Die Erneuerung des bürgerlichen Rechts in: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, München und Berlin 1938.
Heldrich	Die Form des Vertrages, AcP 147, S. 89 ff, Tübingen 1941.
Höfer-Huhn-von Schuchmann	Beurkundungsgesetz und ergänzende Vorschriften, Kommentar Frankfurt, 1972.
Hörstmann	Aktuelle Erbschaftssteuerverfragen mit Hinweisen für die Praxis, BB 1970, Beilage zu Heft 17, 1 ff.
Huber	Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage, Jus 1972, 59 ff.
Hueck	Gesellschaftsrecht, 16. Auflage, München 1972.
ders.	Anmerkung zu BGH NJW 1953, 153 f.
Hundertmark	Gründung einer sogenannten Innengesellschaft mit Minderjährigen, BB 1970, 165 f.
Jansen	Beurkundungsgesetz, Kommentar, Berlin 1971.
Jauernig u.a.	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, München 1979.
Jülicher	Der Freundeskauf als gemischte Schenkung. Dissertation, Köln 1935.

Kapp	Widerrufsvorbehalt bei Schenkungen und Schenkungssteuer, BB 1971, 57 ff.
Kaser	Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, München 1971.
Kegel	Anmerkung zu BGH JZ 1952, 657.
Keidel-Winkler	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B, Handausgabe des Beurkundungsgesetzes mit Erläuterungen, 11. Auflage, München 1978.
Kipp-Coing	Erbrecht, Ein Lehrbuch, 12. Bearbeitung, Tübingen 1965.
Klunzinger	Die Erbschaftssteuer, Jus 1971, 281 ff.
Knur	Grenzen für die Vertragsgestaltung im Blickfeld des Erbschaftssteuergesetzes 1974, DNotZ 1974, 720 ff.
Koenigs	Die stille Gesellschaft, Berlin 1961, 74 ff.
Kroier	Erscheinungsformen des unentgeltlichen Rechtsgeschäftes, Versuch einer Begriffsbestimmung, Erlangen-Nürnberg, Dissertation 1973.
Lammfromm	Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag.
Landsberg	Das Recht des B.G.B. vom 18. August 1896. Ein dogmatisches Lehrbuch, 2 Bände, Berlin 1904.
Lange	Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.
ders.	Schenkungen an beschränkt Geschäftsfähige und § 107 BGB, NJW 1955, 1339-1343.
ders.	Die Eindämmung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, AcP 144, 149 ff, Tübingen 1938.
Lange-Kuchinke	Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin, 2. Auflage, 1978.

- Larenz Allgemeiner Teil des deutschen
Bürgerlichen Rechts, 5. Auf-
lage, München 1980.
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts,
Erster Band, Allgemeiner Teil,
12. Auflage, München 1979.
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts,
2. Band, besonderer Teil, 11.
Auflage, München 1979.
- ders. Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft, 2. Auflage, Berlin-
Göttingen-Heidelberg, 1969.
- Lenel Die Lehre von der Voraussetzung,
(im Hinblick auf den Entwurf
eines Bürgerlichen Gesetzbuches),
AcP 74, 233 ff.
- Leonhard Das Schuldrecht des BGB, II.
Band, besonderer Teil, München
und Leipzig 1931.
- Liebisch Das Wesen der unentgeltlichen
Zuwendungen unter Lebenden im
bürgerlichen Recht und im Reichs-
steuerrecht, Leipzig 1927.
- Lobe Die Form der Rechtsgeschäfte
nebst einem Verzeichnis der
formbedürftigen Rechtsgeschäfte,
Leipzig 1901.
- Lorenz Entgeltliche und unentgeltliche
Geschäfte. Eine vergleichende
Betrachtung des deutschen und
des angloamerikanischen Rechts,
Festschrift für Max Rheinstein,
Band II, Nationales und ver-
gleichendes Privatrecht,
Tübingen 1969.
- ders. Das Problem der Aufrechter-
haltung formnichtiger Schuld-
verträge, AcP 156, 381 ff,
Tübingen 1957.
- Manigk Artikel, Juristische Tatsachen,
Hdw RWiss IV (1928), 847 ff.
- ders. Artikel, Unwirksamkeit, Ungül-
tigkeit, Hdw RWiss VI (1929),
292 ff.
- Matthias Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes
mit Berücksichtigung des gesamten
Reichsrechtes, 6. u. 7. Auflage,
Berlin 1914.

von Meyerfeld	Die Lehre von den Schenkungen nach Römischem Recht, Erster Band, Marburg 1835.
Mecke	Beurkundungsgesetz, Erläuterungsbuch, Braunschweig 1970.
Medicus	Bürgerliches Recht, eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung, 7. Auflage.
Megow	Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz, Steuerkommentar.
Merz	Auslegung, Lückenfüllung, Normberichtigung, AcP 163, 325 ff; Tübingen 1969.
Motive:	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Teil, Berlin und Leipzig, 1888; Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig, 1888.
Münchener Kommentar	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Dr. Kurt Rebmann, Dr. Franz-Jürgen Sacker, Band 1, Allgemeiner Teil, München 1978; Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil, 1. Halbband, München 1980.
Oertmann	Kommentar zum BGB, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1928.
ders.	Entgeltliche Geschäfte, München 1912.
ders.	Die Rechtsbedingung, Leipzig, Erlangen 1912.
Oppenheim	Das Schenkungsversprechen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1906.
Ortloff	Die Schenkung, ArchBürgR 21, 270 ff.
Palandt und Bearbeiter	Bürgerliches Gesetzbuch, 40. Auflage, München 1981.
Paulick	Handbuch der stillen Gesellschaft, systematische Darstellung in handelsrechtlicher, steuerrechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht, Köln 1977.

Petzoldt	Entstehung der Schenkungssteuer bei Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt, BB 1974, 1020 ff.
ders.	Steuerliche Aspekte bei Grundstücksübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, DNotZ 1972, 581 ff.
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 4. Auflage, Berlin 1913; II. Band, 2. Hälfte, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1928.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, II. Band, Berlin 1898.
Puchta	Cursus der Institutionen. System und Geschichte des römischen Privatrechts, Band 2, 9. Auflage, Leipzig 1881.
Rheinstein	Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932.
Reichsgerichtsräte- Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes. 12. Auflage, Band II, 2. Teil, Berlin 1978.
Reichel	Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, AcP 104, 32 ff, Tübingen 1909.
ders.	Unklagbare Ansprüche, Jher Jb 60, 38 ff.
Reinhart	Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht. Dissertation, Heidelberg 1969.
Reinicke	Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, Bad Hom- burg v. d. Höhe 1969.
Ritter	Zur Rechtswohlthat des Notbedarfs, Gruchot Beiträge 46, 44 ff.

- Roellenbleg Ausgewählte Probleme der Grundstücksüberlassung in zivilrechtlicher und steuerlicher Sicht, DNotZ 73, 708 ff.
- Rother Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169, 6 ff.
- Rosenau Grundlagen der Praxis des Steuerrechts, Unentgeltliche Übertragung von Vermögensteilen auf Minderjährige - Rechts- und Steuerfragen, 3. Auflage.
- von Savigny System des heutigen Römischen Rechts, 4. Band, Berlin 1841.
- Schlegelberger-Geßler
 und Bearbeiter HGB, Kommentar von Geßler, 5. Auflage, München.
- Schmidt-Rimpler Grundfragen einer Erneuerung des Privatrechts, AcP 147, 130 ff.
- Schneider Schenkung eines Kapitalanteils, Notarielle Beurkundung erforderlich? BB 1954, 513.
- Schramm Die Rechtsnatur der Handschenkung, MDR 1962, 961.
- Schreiber Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Jher Jb 60, 174 ff.
- Siber Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jher Jb 70, 223.
- Soergel-Siebert und
 Bearbeiter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Stuttgart-Köln, Mainz, Band 1, Allgemeiner Teil, Stand: Juni 1978; 11. Auflage, Band 2, Schuldrecht II, Stand: Mai 1980, 11. Auflage, Band 3, Schuldrecht II, 10. Auflage, Stand: Frühjahr 1969; Band 4, Sachenrecht, 10. Auflage, Stand: Sommer 1968; Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz.
- Speckmann Anmerkung zu BGH NJW 1970, 1638 ff.
- von Staudinger und
 Bearbeiter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 433 - 580 a, 12. Auflage, Berlin 1978; Buch 3, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657 - 740, 12. Auflage, Berlin 1980; Buch 4, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 705 - 822, 10./11. Auflage, Berlin 1975.

- Supner Wird der Mangel der Form eines Schenkungsversprechens durch Bestellung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld am Grundstück des Schenkers geheilt? Dissertation, Erlangen 1934.
- Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, Kommentar und Formularbuch, 5. Auflage.
- Titze Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1932/48.
- von Tuhr Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Hälfte, Berlin 1914; 2. Band, 2. Hälfte, Berlin 1918.
- ders. Festschrift für Schultze S. 35 ff., Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB.
- von Vangerow Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 7. Auflage, Marburg und Leipzig 1876.
- Vetzberger Die unentgeltliche Übertragung einer Einkunftsquelle an einen nahen Angehörigen, DStR 1972, 231.
- Weirauch Die gemischte Schenkung, Gruchot Beitr. 48, 229.
- Westhoff Fragen zur vorweggenommenen Erbfolge, DB 1972, 809 ff.
- Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1927, 2. Auflage.
- Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 5. Auflage, Stuttgart 1879.
- Winkler Anmerkung zu OLG Celle, DNotZ 1974, 731 ff.
- Würdinger Anmerkung zu BGH, JZ 1953, 226 f.
- Zweigert Seriositätsindizien, JZ 1964, 349 ff.

Vorbemerkung

1. Problemstellung

Das Rechtsinstitut der Schenkung nimmt seit langer Zeit eine bedeutende Stellung in der zivilrechtlichen Dogmatik ein und wird von Rechtsprechung und Lehre als typische Erscheinungsform des unentgeltlichen Vertrages angesehen.

Die Frage ist, ob die Schenkung heute noch dem entspricht, was sich der Gesetzgeber in Bezug auf Konstruktion und Anwendbarkeit vorgestellt hat. Damit hängt sehr eng zusammen die Frage, ob die Formvorschrift des § 518 den Schenkungen der modernen Zeit gerecht wird. Diese Bestimmung ist schon immer in ungewöhnlich ausführlicher Weise von der Lehre behandelt worden. Es wird festzustellen sein, ob der Sinn der Formvorschrift noch derselbe ist und ob die Form als solche noch notwendig erscheint.

2. Methode der Untersuchung

Zur Erörterung der Problematik ist zunächst eine Untersuchung über das Wesen des Schenkungsrechts vorzunehmen. Dann ist die gesetzliche Funktion und Bedeutung des § 518 darzulegen, und anschließend sind Schenkungsverträge der Praxis vorzustellen. An ihnen soll die Entwicklung der Schenkung erläutert und die Bedeutung der Form untersucht werden.

Hier hat es sich als nützlich erwiesen, die Entscheidungssammlungen und juristischen Fachzeitschriften nach praktischen Anwendungsfällen des § 518 zu

überprüfen und an Gerichten und Notariaten nach Beispielen für Schenkungsversprechen zu forschen. Da der Verfasser vom Frühjahr 1974 bis zum Frühjahr 1977 seine Referendarzeit im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg absolvierte, erstreckte er seine Untersuchungen schwerpunktmäßig auf den Bereich dieses Bezirks.

Er befragte Richter und Rechtspfleger an den Amtsgerichten nach Schenkungen, insbesondere Schenkungsversprechen, und überprüfte bei dem Vormundschaftsgericht Nürnberg¹⁾ sämtliche Akten des Aktenzeichens VIII²⁾ der Jahre 1965 bis 1968, 1973 bis 1975 nach

-
- 1) Schenkungen von Eltern an ihre Kinder, die geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind (§§ 105 Abs. I, 107) bedürfen an sich stets der Zustimmung eines gesondert nach § 1909 zu stellenden Ergänzungspflegers, soweit die Schenkung mit rechtlichen Nachteilen verbunden ist. Dies ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Rechtserwerb zu einer persönlichen Verpflichtung des Minderjährigen führt: die Schenkung einer Kommanditeinlage (LG Köln Rpfleger 70, 245; BGH NJW 77, 1341); einer stillen Beteiligung (BFH DB 74, 365); die Schenkung unter Auflage mit der Verpflichtung zur späteren Rückgabe (BayObLG Rpfleger 74, 309); die schenkweise Einbuchung einer Unterbeteiligung bei Teilnahme am Verlust (OLG Hamm DB 74, 424). Aus diesem Grunde findet man Schenkungsverträge gerade sehr häufig bei den Vormundschaftsgerichten, weil sie dort oft nur vorsorglich mit der Anfrage eingereicht werden, ob eine Ergänzungspflegschaft (§ 1909) angeordnet werden muß, oder ob zur Wirksamkeit der Schenkung eventuell eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist (§§ 1629 Abs. II, 1795, 181, 1821, 1822 iVm 1643); vgl. hierzu im einzelnen unten S. 127 ff. und S. 166f.
- 2) Es handelt sich dabei um das Aktenzeichen für Pflegschaften.

Schenkungen. Am Vormundschaftsgericht München erstreckten sich die Nachforschungen auf den Zeitraum vom 1.1.73 bis 31.3.73 und vom 1.3.74 bis 30.6.74.

Aus zeitlichen und technischen Gründen mußte die Überprüfung hierauf beschränkt bleiben und konnte nicht auf weitere Gerichte ausgedehnt werden, doch bestätigen auch die in kleinstädtischen Notariaten vorgefundenen Ergebnisse, daß die Schenkungsverträge, welche der Verfasser an den Amtsgerichten Nürnberg und München gefunden hat, für die heutige Zeit typisch sind und als symptomatisch gelten können. Es ist anzunehmen, daß die zeitliche Auswahl belanglos ist, da schnelle Veränderungen auf den zur Diskussion stehenden Gebieten nicht eintreten werden, sondern relativ konstante Verhältnisse vorherrschen. Das vorgefundene Material besitzt auch genügend Breite, um eine gründliche Erörterung der Problematik darauf aufbauen zu können.

Die Untersuchungen an den Notariaten¹⁾ erstreckten sich auf Ansbach, Erlangen, Schwabach, Nürnberg und München. Der Verfasser nahm an Verhandlungen teil und hatte Gelegenheit, den Notar bei seiner Tätigkeit zu beobachten und die von ihm beurkundeten Schenkungsverträge zu studieren.

-
- | | |
|-------------|--------------------------------------|
| 1) Ansbach: | W. Kamlah, Maximilianstr. 36 |
| | Dr. M. Schrüter, Bahnhofsplatz 13 |
| Erlangen: | Dr. M. Sörgel, Universitätsstr. 2 |
| | Dr. C. Schelter, Universitätsstr. 2 |
| | E. Jokisch, Neustädter Kirchplatz 2 |
| München: | Dr. E. Beck, Briennerstr. 11 |
| | Dr. K. Talhofer, Leopoldstr. 28 a |
| | Alfons Jungsberger, Leopoldstr. 28 a |
| Nürnberg: | Dr. U. Armbruster, Lorenzerstr. 2 |
| | Dr. W. Hösel, Lorenzerstr. 2 |
| | Dr. G. Bünte, Lorenzer Platz 3 |
| | W.D. Mille, Leutpoldstr. 13 |
| | H. Weider, Lorenzer Platz 3 |
| Schwabach: | Dr. H. Joachim Königsplatz 23 |
| | Dr. W. Weniger, Rathausgasse 9 |

1. Kapitel

Die Systematik des Schenkungsrechtes im Gesetz

§ 516 leitet das Schenkungsrecht ein und definiert den Begriff der Schenkung¹⁾.

Schon aus diesem Grund besitzt § 516 eine besondere Stellung unter den Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Während nämlich die einleitenden Bestimmungen des Kaufrechtes, Dienst- und Werkvertragsrechtes, Miet- und Pachtrechtes sogleich auch Rechtsfolgen des Vertragsabschlusses regeln, legt § 516 ausschließlich die Begriffsmerkmale der Schenkung fest, und erst die anderen Vorschriften, die §§ 518 bis 534, enthalten Rechtsfolgenbestimmungen²⁾.

Gerade weil aber die Rechtsfolgen einer Schenkung anders geregelt sind³⁾ als die der entgeltlichen und sonstigen unentgeltlichen Geschäfte, und weil außer-

1) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, S. 286 ff, 286.

2) Auch § 518 ist eine Rechtsfolgenbestimmung. Rechtsfolge der Formwahrung ist die Gültigkeit, Rechtsfolge der Formwidrigkeit die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes.

3) siehe sogleich S. 11 ff.

dem auch an anderen Stellen¹⁾ des Bürgerlichen Gesetzbuches Besonderheiten für den Fall einer Schenkung angeordnet sind, hielt es der Gesetzgeber für notwendig²⁾, in einer zentralen Bestimmung legal zu definieren, was im Sinne all jener Vorschriften eine Schenkung sei.

Nach herrschender Meinung ist § 516 Abs. I zugleich die Legaldefinition der Handschenkung³⁾.

Für die Schenkung ist begrifflich erforderlich, daß der Schenker "aus seinem Vermögen einen anderen bereichert". Weil er dafür nichts erhält, bezeichnet man die Schenkung auch als fremdnütziges Rechtsgeschäft⁴⁾. Vor allem wegen dieser Eigenschaft sind die Rechtsfolgen einer Schenkung in den §§ 518-534 anders geregelt als bei eigennützigen oder entgeltlichen Verträgen.

1) Vgl. §§ 816 Abs. I, Satz 2, 822, 988, 2287, 2329, 1425 Abs. I, 1641, 1804, 2205 Satz 3 BGB; 32, 40 Abs. II Nr. 3 KO; 3, Abs. I Nr. 3, 4, § 11 Abs. II Nr. 3 AnfG.

2) Motive II, S. 286 f. Dagegen bezeichnet L. Goldschmidt die Definition der Schenkung als überflüssig, L. Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entwurf des BGB, 1. Heft, 2. Kap.

3) Esser-Weyers II, Teilband 1, § 12, S. 127; Schramm, MDR 62, S. 962; Fikentscher, aaO, § 73, S. 429; Palandt-Putzo, § 516 Anm. 1; Staudinger-Reuss, § 516 Rz 1.

4) Motive II, S. 286 ff; Protokolle II, S. 38 f.

Wegen der Fremdnützigkeit wird die Schenkung im allgemeinen auch als altruistische Vermögenszuwendung bezeichnet¹⁾ und von den wirtschaftlichen Geschäften unterschieden²⁾.

Die typischen Geschäfte des wirtschaftlichen Verkehrs sind Kauf, Tausch und kaufähnliche³⁾ Verträge.

Vor allem in deren Gestaltungsformen geschieht die Güterbewegung des täglichen Lebens, nämlich die Veräußerung einer Sache, eines Rechts oder eines sonstigen unkörperlichen Vermögensgegenstandes gegen Entgelt. Mit diesen Veräußerungsgeschäften⁴⁾ stimmt die Schenkung nur darin überein, daß auch sie auf den Umsatz von Gütern abzielt und somit zu einer Änderung der Güterzuordnung⁵⁾ führt.

-
- 1) Heck, aaO, § 92, S. 289; v. Meyerfeld, aaO, S. 1 f bezeichnet nur diejenigen Zuwendungen als Schenkung, durch welche man freiwillig, unentgeltlich und "mit eigener Aufopferung" einem anderen einen pekuniären Vorteil verschafft.
 - 2) Dem Austausch- oder Erwerbszweck der übrigen Veräußerungsgeschäfte entgegengesetzt ist der Geschäftszweck der Schenkung, die causa donandi, wie man traditionsgemäß den inneren Rechtsgrund der Schenkung bezeichnet, vgl. Flume, Allgem. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, § 12, S. 125; Huber, Jus 72, 59.
 - 3) z.B. der Werklieferungsvertrag bei Gattungssachen.
 - 4) Endemann, aaO, § 156, S. 907 ff; Boehmer, Grundlagen, zweites Buch 1, S. 183 f, 190 f; Crome, aaO, § 74, S. 326.
 - 5) Wie Kauf und Tausch ist die Schenkung auf die vollständige Übertragung von Gütern gerichtet, vgl. Cosack, aaO, § 139, S. 488 ff; Boehmer, aaO, S. 183 f, 190 f; v. Tuhr, aaO, S. 156 f.

Dies unterscheidet die Schenkung von den übrigen unentgeltlichen Schuldverträgen. Während nämlich Leihe und Darlehen nur den zeitweiligen Gebrauch oder die Nutzung gewisser Güter sichern, mindert eine Schenkung die Vermögenssubstanz des Zuwendenden auf Dauer und ordnet das zugewendete Gut dem Rechtskreis des Vermögensempfängers zu.

Die Veräußerungsgeschäfte Kauf, Tausch und Schenkung stimmen also in einer Vermögensverschiebung überein, durch die eine Vermögenssubstanz der einen Vertragspartei in das Vermögen der anderen übergeht, wobei der Zusammenhang mit dem Vermögen des ursprünglichen Inhabers definitiv aufgelöst wird¹⁾. Im übrigen unterscheidet sich die Schenkung aber ganz erheblich von den anderen Veräußerungsgeschäften.

Das Abgrenzungskriterium besteht dabei nicht nur in der Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Während sich nämlich durch Kauf und Tausch auch Sachen zuwenden lassen, die nicht zum Vermögen des Veräußernden gehören, und deshalb seinen Vermögensbestand nicht schmälern, ist für die Schenkung begrifflich erforderlich, daß die Zuwendung die Vermögenssubstanz

1) Boehmer, aaO, S. 183, 184, 190 f; Wieacker, aaO, S. 74 unterscheidet vier Vertragstypen: Umsatz- (od. Veräußerungsverträge), Überlassungs- (od. Gebrauchs-) verträge, Werkleistungen (od. Herstellungsverträge), Dienste (od. Beteiligungsverträge).

des Schenkers vermindert¹⁾. Dies folgt aus dem Wortlaut des Gesetzes "... durch die jemand aus seinem Vermögen"

Da der Schenker freiwillig einen Teil seines Vermögens aufgibt, kennzeichnet ihn nach allgemeiner Auffassung ein selbstloses und großzügiges Verhalten. Hierin unterscheidet er sich wesentlich von dem ebenfalls freigebig verfügenden Erblasser²⁾. Denn während dieser zu Lebzeiten noch nichts aufgibt, empfindet der Schenker die Zuwendung als Minderung seines Vermögens. Man betrachtet deshalb die Opferbereitschaft des Zuwendenden im allgemeinen als wesentliches Element der Schenkung. So wird der Schenker als "Altruist" in einer Welt von Egoisten bezeichnet³⁾, und die Motive der Schenkung sieht man in seiner Uneigennützigkeit und Großzügigkeit⁴⁾.

-
- 1) Larenz II, § 47, S. 154; Erman-Seiler, aaO, § 516 Rz 2; Oertmann, Kommentar zum BGB, Band 2, Anm. 1 b vor § 516. Eine Schenkung ist deshalb nicht gegeben, wenn jemand einen anderen dadurch bereichert, daß er ihm in Einigung über die Untergeltlichkeit der Zuwendung eine fremde Sache übereignet.
Auch im Fall eines Schenkungsversprechens ist es nicht anders. Dort erfolgt die Zuwendung aber immer aus der Vermögenssubstanz des Zuwendenden, also auch, wenn er einen fremden Gegenstand zu leisten verspricht, denn beim Schenkungsversprechen besteht die Zuwendung in der Übernahme der Schuld auf Seiten des Versprechenden, sie erfolgt also "aus seinem Vermögen".
- 2) Heck, aaO, § 92, S. 289 ff, 298, verneint deshalb bei der Verfügung von Todes wegen das für die Schenkung "bezeichnende Element des Opfers"; ebenso v. Meyerfeld, aaO, S. 2.
- 3) Heck, aaO, § 92, S. 289; v. Meyerfeld, aaO, S. 1 f.
- 4) Landsberg, aaO, S. 226; Heck, aaO §§ 92, S. 289 ff, 298.

Von Alters her versteht man die schenkweise Vermögenshingabe als "altruistische Zuwendung"¹⁾, die Schenkung als "Liberalitätsakt"²⁾ und "Fremdkörper"³⁾ innerhalb des Schuldrechtes.

Die Schenkungselemente der Unentgeltlichkeit und Aufopferung eigener Vermögenssubstanz bewirken eine gewisse Starrheit und Inflexibilität des Schenkungsrechts gegenüber den typischen Geschäften des wirtschaftlichen Verkehrs. Während bei diesen der moderne Wirtschaftsverkehr mit seinen vielfältigen auch technischen Möglichkeiten Abwandlungen der Grundtypen geschaffen hat - wie z.B. den Abzahlungskauf, den Kauf unter Einschaltung eines Finanzierungsinstituts, das Leasing-Geschäft - und neue oder doch weiter entwickelte Geschäftstypen hervorbringt, - z.B. solche der Kreditsicherung -, konnten bei der Schenkung derartige Entwicklungen nicht beobachtet werden. Das Schenkungsrecht ist - ähnlich dem Familienrecht - als ein personenbezogenes Recht ausgestaltet ⁴⁾.

1) Burckhard, aaO, S. 28; Esser II, § 67, S. 85; Heck, aaO, § 92, S. 289.

2) Esser II, § 67, S. 85.

3) Boehmer, aaO, S. 148, scheidet die Schenkung deshalb als maßgebenden Wirtschaftsfaktor aus. Nach Burckhard ist die Triebfeder des wirtschaftlichen Verkehrs der Egoismus, die Befriedigung des eigenen Bedürfnisses im Wege des Leistungsaustausches. Deshalb ordnet Burckhard die Schenkung "außerhalb" normaler Güterbewegung ein; Burckhard, Zum Begriff der Schenkung, S. 37.

4) So enthalten die Rechtsfolgenbestimmungen des Schenkungsrechts Vorschriften, die vor allem die persönliche Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem berücksichtigen, das sind § 519, § 528 und § 530.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers beruht der den Schenker motivierende Altruismus meistens auf einer bereits vorhandenen persönlichen Verbindung zum Beschenkten. Jedenfalls bewirkt die Schenkung ein besonderes Band zwischen den Parteien. Esser¹⁾ bezeichnet diese Beziehung als "Pietätsverhältnis".

Auch dies unterscheidet die Schenkung wenigstens im Normalfall von den entgeltlichen und von den übrigen unentgeltlichen Rechtsgeschäften. Wegen dieser Wesenszüge, nämlich der Unentgeltlichkeit der Zuwendung, der Opferbereitschaft des Schenkers und der zwischen den Parteien bestehenden persönlichen Verbindung, herrscht überwiegend die Meinung, daß die Schenkung kein wirtschaftliches Geschäft sei, als Wirtschaftsfaktor gänzlich ausscheide²⁾ und außerhalb der "normalen Güterbewegung" stehe³⁾.

Diese Eigentümlichkeiten der Schenkung prägen auch das System des Schenkungsrechts.

Vor allem die Unentgeltlichkeit und das altruistische Wesen bestimmen die Interessenlage zwischen Schenker und Beschenktem und sind auch im Verhältnis von nur mittelbar durch die Schenkung betroffenen Personen von Einfluß.

-
- 1) Esser, aaO, § 67, S. 85; Cosack bezeichnet die Schenkung als Geschäft von "zarter Beschaffenheit", Cosack bei Oppenheim "Das Schenkungsversprechen des Bürgerlichen Gesetzbuches", S. 13.
 - 2) Crome, aaO, Bd. II., S. 507; Boehmer, aaO, S. 148; Heck, aaO, § 92, S. 289.
 - 3) Burkhard, aaO, S. 37; Boehmer, aaO, S. 191 spricht deshalb von einer "Sonderrolle" der Schenkung.

Dementsprechend enthält das Schenkungsrecht Bestimmungen, die gerade der Unentgeltlichkeit Rechnung tragen¹⁾, und Bestimmungen, die vor allem den Altruismus und das persönliche Band zwischen Schenker und Beschenktem berücksichtigen²⁾.

a) Die Haftungsbeschränkung

§ 521 beschränkt die Haftung des Schenkers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Da der Schenker nach Ansicht des Gesetzgebers in der Regel uneigennützig handelt³⁾, erscheint die strenge Verantwortlichkeit des gewöhnlichen Vertragsschuldners als zu weitgehend.

1) Der unentgeltliche Erwerb des Beschenkten findet vor allem im Verhältnis zu Dritten, den gegenüber dem Schenker Unterhaltsberechtigten und seinen sonstigen Gläubigern Beachtung. Hierzu gehören die Bestimmungen der §§ 519 und 528, soweit sie die Unterhaltsberechtigten schützen, sowie die Haftungsprivilegien der §§ 521, 523 Abs. II, 524 Abs. II und die Regelungen zu der Schenkung unter Auflage §§ 525 - 527. Außerdem zählen hierzu einzelne Sondervorschriften im Konkursrecht § 32 KO, dem Anfechtungsrecht § 3 Ziff. 4 AnfG, Erbrecht §§ 2287, 2325, 2329, Familienrecht §§ 1641, 1804 und Bereicherungsrecht §§ 816 S. 2, 822. In diesen Bestimmungen zeigt sich die gegenüber bestimmten dritten Personen bestehende Wirkungsschwäche der Schenkung. Sie beruht auf der Auffassung, daß unentgeltlicher Erwerb grundsätzlich nicht so schutzwürdig erscheint wie entgeltlicher.

2) Hierzu gehören die Haftungsprivilegien der §§ 521, 523 524, die speziellen Rückabwicklungstatbestände der §§ 519 und 528, soweit sie den Schenkerschutz bezwecken, der Widerruf wegen Undanks, § 530, die dabei zu beachtende Spezialregelung zur Pflicht- und Anstandsschenkung in § 534, sowie § 518, der nur für das Schenkungsversprechen gilt.

3) Motive II, S. 286 ff, Larenz II, S. 158.

Wer einseitig ein Opfer bringt, darf erwarten, daß dies im Falle eventueller Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, Gewährleistung) berücksichtigt wird.

Das Aufopferungselement findet allerdings nicht so sehr in § 521 seinen Ausdruck, sondern mehr in § 523 Abs. I und § 524 Abs. I, welche die Haftung des Schenkers im Gewährleistungsrecht auf arglistiges Verhalten beschränken.

Der unterschiedliche Haftungsmaßstab in § 521 und in den §§ 523, 524 resultiert daraus, daß die Haftung nur so weit eingeschränkt werden soll, wie es die Interessenlage der Vertragsparteien erfordert.

Da die Schenkung ein unentgeltliches Rechtsgeschäft ist, erscheint die Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit grundsätzlich angemessen, da § 521 neben § 599 und § 690 als Ausdruck der gesetzgeberischen Vorstellung anzusehen ist, daß nur der entgeltlich Handelnde der Strenge normaler Vertragshaftung (§ 276) unterliegen solle.

Neben der Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes verdient aber auch der Altruismus des Schenkers besondere Beachtung¹⁾. Das Gesetz trägt der Opferbereitschaft des Schenkers durch die noch weitergehende Haftungsreduzierung in den §§ 523 Abs. I und 524 Abs. I Rechnung. Hiernach haftet der Schenker bei Vorliegen eines Rechts- oder Sachmangels nur dann, wenn der Beschenkte infolge des Mangels Schaden erleidet und der Schenker den Mangel arglistig verschwiegen hat. Das Gesetz berücksichtigt damit, daß zwischen den Parteien einer Schenkung eine völlig andere Interessenlage besteht als bei einem wirtschaftlichen bzw. entgeltlichen Rechtsgeschäft.

1) Zur Unterscheidung vgl. oben S. 10.

Da der Schenker nach allgemeiner Auffassung allein den Vorteil des Beschenkten will und nur aus altruistischen Gründen das eigene Vermögen mindert¹⁾, hat er den Schenkungsgegenstand nur so zu übertragen, wie er ihm bei Abschluß des Schenkungsvertrages zur Verfügung steht, §§ 523 Abs. I, 524 Abs. I.

Anders ist es also, wenn der Schenker das Geschenk selbst erst erwerben muß. Für diesen Fall wenden die §§ 523 Abs. II und 524 Abs. II den Haftungsmaßstab an, der üblicherweise bei unentgeltlichen Verträgen gilt. Er ist angemessen, wenn allein das Wesen der unentgeltlichen Zuwendung Berücksichtigung verdient, weil Altruismus und Opferbereitschaft des Schenkers zugunsten des Leistungsinteresses des Beschenkten zurücktreten müssen. Dieses steht im Vordergrund, wenn der Schenker eine Leistung verspricht und den Leistungsgegenstand selbst erst erwerben muß. Das Interesse des Beschenkten verdient hier den Vorrang, da es dem Schenker zuzumuten ist, den Leistungsgegenstand so zu erwerben, wie er versprochen ist: frei von Rechten Dritter und ohne Mängel.

b) Die eingeschränkte Bestandskraft

Die Einrede des Notbedarfs (§ 519), die Möglichkeit der Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers (§ 528) und des Widerrufs bei undankbarem Verhalten des Beschenkten (§ 530) schränken die Bestandskraft der Schenkung von vorneherein ein.

1) Larenz II, § 47, S. 158; Heck, aaO, § 92, S. 289; v. Meyerfeld, aaO, S. 1 f; Burckhard, aaO, S. 28.

Auch diese, den Schenker und seine Unterhaltsberechtigten privilegiierenden Bestimmungen, berücksichtigen die unentgeltliche Natur der Schenkung und ihr Gesamtgepräge als unwirtschaftliches, altruistisches Veräußerungsgeschäft.

Da das Bürgerliche Gesetzbuch unentgeltlichen Rechtserwerb gegenüber entgeltlichem für weniger bestandskräftig erachtet, gibt es den Interessen der Unterhaltsberechtigten des Schenkers und seiner sonstigen Gläubiger den Vorrang vor dem Interesse des Beschenkten am Behalten des Geschenkes.

Die altruistische Natur der Schenkung und die hieraus resultierende persönliche Beziehung zwischen den Schenkungsparteien rechtfertigen nach Ansicht des Gesetzgebers eine Privilegierung des Schenkers, die sich in einer verstärkten Rücksichtnahme auf seinen Eigenbedarf und einem Widerrufsrecht bei nachträglicher Undankbarkeit des Beschenkten zeigt.

aa) Gem. § 519¹⁾ kann der Schenker die Erfüllung eines Schenkungsversprechens verweigern, "soweit"²⁾ er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein angemessener Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird."

1) Einrede des Notbedarfs oder auch Rechtswohltat des Notbedarfs, beneficium competentiae; schlicht: Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Schenkers.

2) "soweit" ist auch zeitliche als "so lange" zu verstehen, vgl. Larenz II, § 47 S. 161; Enneccerus, aaO, § 122, S. 494.

Einmalig im Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁾ berücksichtigt hier das Gesetz die allgemeine Leistungsfähigkeit eines Vertragsschuldners²⁾, da dieser dem Erfüllungsanspruch seines Gläubigers einredeweise seine sonstigen Verbindlichkeiten entgegenhalten kann.

-
- 1) Das gemeine Recht gab die Wohltat des Notbedarfs einer ganzen Reihe von Schuldnern innerhalb eines Familienverbandes, eines Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnisses, um ihnen die Mittel zu einer eingeschränkten Existenz zu belassen. So hatten außer dem Schenker folgende Personen die sogenannte Rechtswohlthat des Notbedarfs: Eltern, Großeltern gegenüber ihren Abkömmlingen; Soldaten; frühere Hauskinder wegen der aus der Zeit ihrer Gewaltunterworfenheit herrührenden Schulden, sofern sie wenig vom väterlichen Vermögen erhalten hatten, jedoch mit Ausnahme der Deliktsschulden; Gesellschafter gegen Forderungen aus der Gesellschaft; Ehegatten untereinander bei bestehender Ehe; der Schwiegervater und die Frau gegen die Klage aus der versprochenen Mitgift; vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, § 267, Anm. 3 ff; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 122, 479 f. Demgegenüber kennt das BGB ein Recht auf den Notbedarf nur zugunsten des Schenkers. Allerdings hatte der Entwurf zum BGB die Einrede des Notbedarfs nicht aufgenommen, vgl. Motive II, S. 298. Man betrachtete sie als bedenkliche Rechtsinstitution, die sich mit dem allgemeinen Grundsatz nicht vertrage, daß der Schuldner für seine Leistungspflicht einzustehen habe. Außerdem habe sie im Hinblick auf die Pfändungsgrenzen gemäß den Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsrechts ihre Berechtigung verloren. In der Beratung zum Entwurf erwog man jedoch, daß der Beschenkte gegen Anstand und die Sitte verstoßen würde, wenn er auch insoweit Erfüllung des Schenkungsversprechens fordern wollte, daß der Schenker dadurch der Mittel seines Unterhalts und der ihm obliegenden Unterhaltspflichten beraubt würde, vgl. Protokolle II, S. 22.
- 2) Im Gegensatz zum Unterhaltsschuldner, vgl. § 1603.

Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Schenker schon im Zeitpunkt des Versprechens bedürftig war oder es erst später geworden ist¹⁾, ebensowenig ist auf den Grund der Bedürftigkeit abzustellen²⁾.

Auch in § 519 berücksichtigt das Gesetz das altruistische Wesen der Schenkung: Wer aus liberalen und fremdnützigen Gründen eine Leistung verspricht, darf billigerweise erwarten, vom Versprechensempfänger nicht in Anspruch genommen zu werden, wenn, solange und soweit hierdurch der eigene Lebensbedarf gefährdet werden würde.

§ 519 schützt nicht nur den Schenker³⁾, sondern auch seine Unterhaltsberechtigten.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes⁴⁾ soll klargestellt werden, daß die Verpflichtung aus einem schenkweise erteilten Versprechen nicht zu den "sonstigen Verpflichtungen" des Unterhaltspflichtigen gehört, die nach Maßgabe des § 1603 Abs. I seine Unterhaltspflicht ausschließen können⁵⁾.

1) Arch BürgR 32, 398; Staudinger-Reuss, aaO, § 519 Rz 2; BGB-RGRK-Mezger, § 519 Rz 1.

2) § 519 will auch gegen selbstverschuldete Not schützen, MünchKomm-Kollhosser, § 519 RdNr. 3.

3) "Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein angemessener Unterhalt gefährdet wird."

4) "Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird."

5) Staudinger-Reuss, § 519 Rz 1.

Wenn das Gesetz die Ansprüche der gegenüber dem Schenker Unterhaltsberechtigten dem Anspruch des Beschenkten vorgehen läßt, trägt es der Unentgeltlichkeit der Zuwendung Rechnung. Hiermit entspricht § 519 Abs. I, 2. Alternative, dem Schutzbedürfnis der Gläubiger vor Benachteiligung durch unentgeltliche Vermögensübertragungen des Schuldners.

Wo gesetzliche Drittinteressen an einer Vermögenserhaltung bestehen, können unentgeltliche Verfügungen vom "Geschädigten" angefochten werden. Während in den Fällen der § 3 Abs. I, Ziff. 3, 4 Anfechtungsgesetz, § 32 Ziffer 1, 2 Konkursordnung der Gläubiger eine Verfügung rückgängig machen kann, gestattet § 519 dem Schenker, zugunsten seiner Unterhaltsberechtigten die Erfüllung der Verpflichtung zu verweigern und somit eine versprochene Vermögensverfügung zu unterlassen. Demnach stimmen § 519 Abs. I, zweite Alternative, § 3 Abs. I, Ziff. 3, 4 AnfG und § 32 Ziff. 1, 2 KO in der Zielrichtung überein, das Vermögen des Schuldners dem Zugriff berechtigter Dritter zu erhalten.

bb) Nach vollzogener Schenkung kann der Schenker das Geschenk wieder herausverlangen, soweit er außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber bestehende Unterhaltspflicht zu erfüllen, § 528 Abs. I, Satz 1.

Der Zweck des § 528 gleicht dem des § 519: Der Schenker und seine Unterhaltsberechtigten sollen nicht um des Beschenkten willen in Not geraten.

Zwischen den beiden Vorschriften bestehen aber wesentliche Unterschiede.

Nach Schenkungsvollzug sind die Voraussetzungen für eine Rückforderung des Geschenkes strenger. Man spricht deshalb auch von einem eingeschränkten oder beschränkten Rückforderungsrecht¹⁾.

Die bloße Gefährdung des Schenkerunterhalts genügt nicht. Der Schenker muß vielmehr schlechthin unvermögend sein²⁾, d. h. auch seine Vermögenssubstanz angegriffen und aufgebraucht haben³⁾. Bei der Beurteilung seiner Vermögenslage bleiben seine "sonstigen Verpflichtungen" außer Ansatz⁴⁾.

Auch dem Umfang nach ist die Rückerstattungspflicht begrenzt. Sie folgt den Maßstäben der Bereicherungshaftung, und der Beschenkte ist zur Ersetzung befugt, da er die Herausgabe des Geschenkes durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abwenden kann.

Den gegenüber § 528 weniger strengen Voraussetzungen der Einrede des Notbedarfs (§ 519) entspricht ihre Eigenschaft als bloß aufschiebende Einrede, bei welcher nur die Durchsetzung des Erfüllungsanspruches gehemmt, jedoch weiterhin eine wirksame Schenkung gegeben ist.

1) Enneccerus-Lehmann, aaO, § 122, S. 494.

Der Grund für die gegenüber § 519 gegebene Einschränkung liegt darin, daß durch die Leistungsbewirkung sich das Interesse des Beschenkten am Behalten der Leistung verdichtet hat. Im Falle des § 519 bleibt das Vermögen des Beschenkten um die Forderung auf den Gegenstand vermehrt, nur die Erfüllung ist auf den Zeitpunkt hinausgeschoben, in welchem der Schenker wieder liquide ist. Da sowohl im Falle des § 519 als auch des § 528 bereits eine Vermögensverschiebung erfolgt ist, kann nur die "Leistung" die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

2) Vgl. den Wortlaut der Bestimmung: "außerstande".

3) RG HRR 1930 Nr. 1798; Esser, aaO, § 67, S. 85.

4) Diese können bei § 519 angesetzt werden.

Den strengen Voraussetzungen der Rückforderung wegen Bedürftigkeit nach vollzogener Schenkung steht mit dem endgültigen Verlust des Geschenkes eine weitergehende Folge gegenüber.

cc) Während nach §§ 519 und 528 in der Sphäre des Schenkers liegende Umstände zur Verweigerung des Schenkungsvollzuges (Erfüllung des Schenkungsversprechens) berechtigen, kann auch ein Verhalten des Beschenkten die Revidierung der Schenkung veranlassen. Nach § 530 kann der Schenker die Vermögensübertragung widerrufen, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegenüber dem Schenker oder einem seiner nahen Angehörigen "groben Undanks schuldig macht"¹⁾.

Das Widerrufsrecht des § 530 berücksichtigt das persönliche Band, das auch nach Schenkungsvollzug die Parteien verbindet²⁾. Nach herkömmlicher Ansicht verpflichtet es den Beschenkten zu loyalen Verhalten gegenüber dem Schenker³⁾. Es wird gewissermaßen zur Geschäftsgrundlage der Schenkung, denn es wäre eine fortdauernde Kränkung für den Schenker, "wenn er zusehen müßte, wie der Beschenkte sich des Geschenkes erfreute, die rechte Gesinnung aber, welche diese Annehmlichkeiten in ihm hervorrufen sollten, verleugnete"⁴⁾.

1) Die Vorschrift ist in Übereinstimmung mit dem früheren Recht gemäß den Geboten der Ethik aufgenommen worden. Zunächst waren die Fälle des Undanks noch katalogisiert. Um dem richterlichen Ermessen größeren Spielraum zu gewähren, wurde dies aber abgeändert.

2) Heck, § 93, S. 293.

3) Motive II, S. 303; Protokolle II, S. 38 f.

4) Protokolle II, S. 38.

Die Bedeutung der persönlichen Beziehung beachtet das Gesetz, wenn es im Prinzip den Schenker selbst und nicht seine Erben entscheiden läßt, ob ein undankbares Verhalten des Beschenkten den Widerruf rechtfertigt¹⁾. Eine Ausnahme gilt für die Fälle, daß der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder am Widerruf gehindert hat.

Die Gestaltungsrechte der Rückforderung wegen Verarmung und des Widerrufs wegen Undankes können als gesetzlich geregelte Fälle des Rücktritts wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage eingeordnet werden. Als solche betrachtet § 528 den fehlenden Eigenbedarf des Schenkers und § 530 das Dankempfinden des Beschenkten.

1) Das Widerrufsrecht ist demnach keine Strafe, sondern dient dem Schutz des Schenkers vor Kränkungen, die ihn träfen, wenn das Geschenk dem Beschenkten trotz seines Undankes belassen würde.

d) Zusammenfassung

Die Schenkung ist ein unentgeltliches Veräußerungsgeschäft. Ihre wesentlichen Kriterien liegen in einer unentgeltlichen Zuwendung, mit welcher der Schenker aus Fremdnützigkeit und Opferbereitschaft den Beschenkten bereichert. Man bezeichnet die Schenkung deshalb allgemein als altruistische Zuwendung. Die Elemente der Schenkung finden in einer gestaffelten Haftungsreduzierung (§§ 521, 523 Abs. II, 524 Abs. II; 523 Abs. I, 524 Abs. I), einer Einrede des Notbedarfs gegenüber dem Erfüllungsanspruch des Beschenkten (§ 519) und einer eingeschränkten Bestandskraft der Vermögensübertragung (§§ 528, 530) ihren Ausdruck.

2. Kapitel

Die rechtliche Bedeutung des § 518

- I. § 518 Abs. I, Satz 1: "Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich."

1. Problemstellung

Die rechtliche Bedeutung des § 518 ist umstritten. Nach § 518 Abs. I, Satz 1 bedarf ein Vertrag, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, zu seiner Wirksamkeit notarieller Beurkundung.

Die Bestimmung gilt also nicht für eine Hand- oder Realschenkung, bei welcher die Leistung nicht erst versprochen, sondern sogleich bewirkt wird. "Schenkweise" versprechen deutet zwar auf die Vorschrift des § 516 hin, die den Schenkungsbegriff definiert, doch betrachtet man herkömmlicherweise § 516 auch als Legaldefinition der Handschenkung¹⁾, und da zu dieser notwendigerweise der Leistungsvollzug gehört, erscheint es ausgeschlossen, § 516 auch zur begrifflichen Einordnung eines schenkweise gegebenen Versprechens heranzuziehen.

Wenn aber § 516 die Legaldefinition der Handschenkung ist, liegt es nahe, § 518 Abs. I, Satz 1 als Begriffsbestimmung des Schenkungsversprechens zu betrachten.

1) Esser II, § 67, S. 79; Schramm, MDR 62, S. 962; Fikentscher, aaO, § 73, S. 429; Staudinger-Reuss, § 516 Rz 1: "Zu beachten ist, daß § 516 die sofort vollzogene Schenkung (Hand- oder Realschenkung) im Auge hat,...."

Gerade mit dieser Problematik und der Beziehung der beiden Vorschriften befaßt sich vor allem die frühere Lehre¹⁾. Es herrschen erhebliche Unklarheiten über die rechtliche Bedeutung des § 518 Abs. I, Satz 1.

2. Die Behandlung des Schenkungsversprechens in der Lehre.

Ortloff²⁾ unterscheidet zwischen der Realschenkung und dem Schenkungsversprechen. Um den Gegensatz zwischen beiden zu verdeutlichen, bezeichnet er das Schenkungsversprechen als Verbalschenkung³⁾: "Die §§ 516, 517 gehören zusammen als Begrenzungsvorschriften für die sogenannte Realschenkung, worauf dann in §§ 518 ff die vorzugsweise für das Schenkungsversprechen (Verbalschenkung) maßgebenden enthalten sind."

Hiernach könnte man meinen, Ortloff verstehe Handschenkung und Schenkungsversprechen als Unterarten der Schenkung, nämlich die Real- und die Verbalschenkung, wobei die Realschenkung in §§ 516 f und das Schenkungsversprechen bzw. die Verbalschenkung in §§ 518 ff geregelt ist.

1) Ortloff, ArchBürgR, Bd. 21, S. 280 ff; Dernburg, aaO, § 205, S. 118 ff; Endemann, aaO, § 164, S. 1023 ff; Gierke, aaO, § 191, S. 417 ff; Matthiass, aaO, S. 529 f; Crome II, S. 504 f; Oppenheim, aaO, § 5 S. 23 f; Eckstein, AcP 107, S. 386 ff; Hedemann, aaO, § 38, S. 252.

2) Ortloff, aaO, S. 280 ff.

3) Ortloff, aaO, S. 292.

An einer anderen Stelle sieht Ortloff im Schenkungsversprechen dann aber einen Vorvertrag¹⁾ der Schenkung: "Er ist ein die Schenkung als vorzunehmendes Rechtsgeschäft vorbereitender Vertrag, wie ein solcher zu anderen Rechtsgeschäften, welche Schuldverhältnisse enthalten, der nichts weiter als eine Verpflichtung bezweckt, die versprochene Schenkung zu vollziehen, als Rechtsfolge des Versprechens im Vorvertrage."

Es braucht nicht näher darauf eingegangen zu werden, daß dies im Widerspruch zu den zunächst zitierten Ausführungen Ortloffs steht, nach welchen das Schenkungsversprechen Verbalsschenkung, also kein Vorvertrag ist.

Dernburg²⁾ und Endemann³⁾ nähern sich schon frühzeitig der Ansicht, die später zur herrschenden Lehre wird. Sie bezeichnen das Schenkungsversprechen als Schenkung. Das wesentliche Argument beider Verfasser besteht darin, daß der Versprechende bereits mit der schenkweise erfolgenden "Übernahme der Verpflichtung zu einer Leistung"⁴⁾ schenkt, wobei die Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. I hier im Erwerb einer Forderung auf eine Leistung liegt.

1) Ortloff, aaO, S. 311.

2) Dernburg, aaO, § 205, S. 118 ff.

3) Endemann, aaO, § 164, S. 1023 ff.

4) Dernburg, aaO, § 205, S. 118.

Allerdings lassen die Ausführungen Dernburgs und Endemanns verschiedene Auslegungen zu, weil sie die schenkweise erfolgende Übernahme einer Leistungspflicht nicht als Zuwendungen des Versprechens an den Versprechensempfänger bezeichnen. Stattdessen sieht Dernburg in der Übernahme der Verpflichtung bereits den "Gegenstand der Leistung"¹⁾. Dabei läßt Dernburg offen, welche Leistung dem Versprechenden dann noch zur Erfüllung seines Versprechens bleibt. Würde sich der Schenker aber uno actu verpflichten und zugleich erfüllen, wäre die Übernahme der Verpflichtung im Schenkungsversprechen zugleich der Abschluß einer Handschenkung. Nach Endemann ist die Übernahme der Verpflichtung durch den Schenker und die Begründung des Forderungsrechtes auf Seiten des Versprechensempfängers der "Gegenstand der Schenkung"²⁾. Gegenüber Dernburg spricht Endemann also nicht von einer "Leistung" und gerät somit nicht mit dem Wortlaut des § 518 in Konflikt, wonach die Leistung ja erst versprochen wird.

Auch Gierke³⁾ bezeichnet das Schenkungsversprechen als Schenkung und begründet dies folgendermaßen: "Allein schon das Schenkungsversprechen ist Schenkung, weil es das Vermögen des Schenkers mit einer Schuld belastet und dem Vermögen des Beschenkten eine Forderung zuführt."

1) Dernburg, aaO, § 205, S. 118 f.

2) Endemann, aaO, § 164, S. 1024.

3) Gierke, aaO, § 191, S. 417.

Der Leistungsvollzug ist demnach keine Voraussetzung der Schenkung. Ergänzend führt Gierke dann aber noch aus:¹⁾

"Doch ist die Erfüllungshandlung noch Schenkung, da sie als Vollziehung der Schenkung den abschließenden Teil des Schenkungsvorganges bildet."

Danach könnte man Gierke so verstehen, als ob der Vollzug begrifflich zur Schenkung gehöre, die Schenkung also erst abgeschlossen sei, wenn der Schenker die versprochene Leistung bewirkt hat.

Gierke möchte jedoch wohl nur betonen, daß bei der Erfüllung des Verpflichtungsgeschäftes die Leistung solvendi causa erfolgt und demnach ein einheitlicher Schenkungsvorgang gegeben ist, der eben aus Versprechen und Erfüllung besteht.

Grundsätzlich ähnliche Gedanken finden sich bei Matthiaß²⁾ und Crome³⁾.

Sie definieren das Schenkungsversprechen als Schenkung, weil dem Versprechensempfänger ein Forderungsrecht zugewendet wird und ordnen das Versprechen somit unter den Zuwendungsbegriff des § 516.

Dennoch sehen Matthiaß und Crome im Schenkungsversprechen einen "Gegensatz"⁴⁾ zur Schenkung. Dies wäre ein Widerspruch zur vorhergehenden Einstufung des Schenkungsversprechens als Schenkung, würde man die Ansicht beider Verfasser nicht dahin auslegen, daß ein Gegensatz nur zwischen dem Schenkungsversprechen und der Handschenkungen besteht.

1) Gierke, aaO, § 191, S. 417 Fußnote 6.

2) Matthiaß, aaO, S. 529.

3) Crome, aaO, S. 504 f.

4) Matthiaß, aaO, S. 529; Crome, aaO, S. 505.

Nach Oppenheim¹⁾ beinhaltet das Schenkungsversprechen eine Zuwendung im Sinne des § 516, da mit der Abgabe des Versprechens und seiner Annahme im Vermögen des Versprechensempfängers eine Forderung entsteht, so daß der Beschenkte auch ohne den Vollzug der versprochenen Leistung bereichert ist. An einer anderen Stelle²⁾ bezeichnet Oppenheim dann das Schenkungsversprechen aber nicht als Schenkung, sondern als einen "die Schenkung als vorzunehmendes Rechtsgeschäft vorbereitenden Vertrag". Man kann also auch Oppenheim so verstehen, als ob zu einer Schenkung der Leistungsvollzug gehöre.

Die hier dargestellten Schwierigkeiten, das Schenkungsversprechen begrifflich einzuordnen, resultieren daraus, daß man die Schenkung ursprünglich nur als Realgeschäft verstand³⁾. Den Gesetzesmaterialien entsprechend betrachtete man zwar die Vorschrift des § 516 Abs. I als Begriffsbestimmung der Schenkung schlechthin⁴⁾, jedoch eben nur als solche der Hand- bzw. Realschenkung, und deshalb sah man den Leistungsvollzug als begrifflich erforderliche Voraussetzung der Schenkung an.

Dies führte dann dazu, das Schenkungsversprechen entweder nur als Schenkungsteil zu betrachten, der erst zusammen mit dem anderen Teil, nämlich der Leistung, eine Schenkung bilde oder aber in dem Schenkungsversprechen die Übernahme der Verpflichtung zu sehen, später einmal schenken zu wollen.

1) Oppenheim, aaO, § 5, S. 23.

2) Oppenheim, aaO, § 5, S. 23.

3) Hedemann, aaO, § 38, S. 252 bezeichnet nur die vollzogene Schenkung als "eigentliche" Schenkung, das Schenkungsversprechen als zweiten Schenkungstyp.

4) Motive II, S. 286 ff, 286.

Nach heute herrschender Lehre¹⁾ ist das Schenkungsversprechen bereits eine Schenkung, weil die begrifflichen Voraussetzungen der Schenkung auch mit dem Abschluß eines einseitig verpflichtenden Schuldvertrages, nämlich des Versprechens und seiner Annahme, vorliegen und der später erfolgende Leistungsvollzug kein Begriffsmerkmal der Schenkung sondern nur noch Erfüllung des Versprechens ist.

Obwohl hiermit geklärt ist, daß sowohl die Handschenkung als auch das Schenkungsversprechen eine Schenkung darstellen, bleibt die Bestimmung des § 516 für die Lehre allein die Legaldefinition der Handschenkung. So geht nach Esser²⁾ und Schramm³⁾ das BGB "von dem häufigen Fall aus, daß die Schenkung nicht erst versprochen, sondern sogleich vollzogen wird, also von der sogenannten Handschenkung⁴⁾." Nach Fikentscher⁵⁾ betrachtet das Gesetz in § 516 "die Realschenkung als den Normalfall", für Putzo⁶⁾ behandelt § 516 Abs. I "nur die sofort vollzogene Schenkung, die Handschenkung ist" und dementsprechend hat nach Reuss⁷⁾ "§ 516 die sofort vollzogene Schenkung im Auge".

1) v. Tuhr, II 2, § 75, S. 133 ff; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse II, Vorbem. 3 zu § 516; Larenz II, aaO, § 47, S. 157; Fikentscher, aaO, § 73, S. 429.

2) Esser-Weyers, II. Teilband 1, § 12, S. 127.

3) Schramm, MDR 62, S. 962.

4) Esser-Weyers, aaO, § 12, S. 127.

5) Fikentscher, aaO, § 73, S. 429.

6) Vgl. 38. Auflage Palandt-Putzo, § 516 Anm. 1; 40. Auflage, Anm. 1 lautet anders: "Die sofort vollzogene Schenkung (Handschenkung) ist formlos gültig. Für das Schenkungsversprechen gilt § 518."

7) Staudinger-Reuss, aaO, § 516 Rz 1.

Sollte § 516 Abs. I ausschließlich eine vollzogene Schenkung beinhalten, könnte die wesentliche Bedeutung des § 518 Abs. I, Satz 1 vor allem darin liegen, die Legaldefinition des Schenkungsversprechens zu bilden.

Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift bestünde dann in einer der Bestimmung des § 516 Abs. I gleichkommenden Funktion, nämlich den Begriff einer Schenkungsart zu definieren. Dies ist im folgenden zu untersuchen.

Da der Wortlaut des § 518 Abs. I, Satz 1 ("schenkweise") darauf hindeutet, daß zumindest ein Teil seiner Regelung der Definition des § 516 Abs. I entspricht, ist vor allem zu klären, ob das Versprechen und die Form spezielle Begriffsmerkmale des Schenkungsversprechens sind.

3. Die rechtliche Einordnung des Schenkungsversprechens.

- a) Das Versprechen im Sinne des § 518 Abs. I, Satz 1 enthält eine Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. I.

Nach § 516 Abs. I ist "eine Zuwendung¹⁾, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert", ein Begriffsmerkmal der Schenkung.

1) Unter dem vermögensrechtlichen Begriff einer Zuwendung versteht man eine Handlung, die darauf abzielt, einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, insbesondere auch die Begründung einer Forderung; "abzielt" ist dabei nicht im Sinne einer Absicht als Beweggrund der Zuwendung zu verstehen, sondern bedeutet nur, daß die Vor-
nahme der Zuwendung beabsichtigt sein muß.
Larenz II, § 47, S. 157, v. Tuhr, aaO, § 71;
Esser-Weyers, II. Teilband 1, § 12, S. 128; vgl.
im übrigen die Darstellung bei Rother, AcP 169,
S. 6.

Mit Abschluß des Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, verpflichtet sich der Versprechende zu einer Leistung an den Versprechensempfänger. Dieser erhält also nicht die geschuldete Leistung, doch steht ihm bereits jetzt ein Anspruch auf Erfüllung des Schuldvertrages und somit eine Forderung zu.¹⁾ Dieser Anspruch stellt einen Vermögenswert dar, da der Versprechensempfänger nun forderungsberechtigt ist und seine Forderung klageweise durchsetzen und mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen realisieren kann.²⁾

Um diese Rechtsposition ist der Versprechensempfänger mit Abschluß des Schuldvertrages bereichert.

Als Schenkung kommt jedoch nur eine Zuwendung in Frage, die "aus dem Vermögen" des Zuwendenden, d.h. aus seiner Vermögenssubstanz erfolgt.³⁾ Dies bedeutet aber nur, daß die Forderung des Versprechensempfängers aus dem Vermögen des Versprechenden in das des Empfängers fließen muß. Im Falle eines Schenkungsversprechens ist diese Voraussetzung erfüllt, weil die Leistungspflicht auf Seiten des Versprechenden eine Schuld entstehen läßt, die dieser aus seinem Vermögen erfüllen muß.

1) Larenz II, § 47, S. 157; v. Tuhr, aaO, § 71, S. 53.

2) HL, s. bei Larenz I, § 33, S. 461.

3) Die Einschränkung, daß die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers erfolgen muß, ist bewußt vom Gesetzgeber in die Begriffsbestimmung aufgenommen worden. Der mit ihr verfolgte Zweck besteht nach den Protokollen darin, Zuwendungen, die keine materiellen Güter darstellen, wie Arbeitsleistungen und jede Art von Zeitaufwand, aus dem Gebiet der Schenkung herauszuhalten, vgl. Larenz II, § 47, S. 154; v. Tuhr, § 75, S. 156.

Sobald die Schuld entsteht, ist das Vermögen des Versprechenden gemindert und unterliegt der Zwangsvollstreckung aus der Forderung¹⁾.

Das Schenkungsversprechen enthält also eine Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. I.

- b) Die Erfüllung des Schenkungsversprechens und das Begriffsmerkmal der unentgeltlichen Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. I.

Die Erfüllung eines Schuldvertrages befreit den Schuldner von seiner Leistungspflicht. Er erhält für seine Leistung die Schuldbefreiung. Von Tuhr sieht hierin ein Entgelt der Leistung.²⁾ Folgt man dem, so würde die Erfüllung des Schenkungsversprechens rückwirkend das Merkmal der Unentgeltlichkeit beseitigen.

Das der Erfüllung dienende dingliche Rechtsgeschäft nehmen die Parteien oft vor, um die Forderung der einen Partei zu befriedigen und die Schuld der anderen zu tilgen. Ein solches Rechtsgeschäft bezeichnet man deshalb traditionsgemäß auch als einen Vertrag causa solvendi.³⁾ Er dient ausschließlich der Erfüllung einer Forderung und enthält keinen anderen Geschäftszweck.

1) Larenz II, § 47, S. 157; v. Tuhr, § 75, S. 157.

2) v. Tuhr, aaO, § 74, S. 144.

3) Flume, aaO, § 12, S. 154 f.

Das Erfüllungsgeschäft kann also nichts darüber aussagen, ob eine Partei die ihr obliegende Leistung zur Erlangung einer Gegenleistung oder aus anderen Gründen bewirkt. Erfüllungsgeschäfte sind wertneutral und geben keinen Hinweis auf die unentgeltliche oder entgeltliche Natur ihres Grundgeschäftes. Die Erfüllung des Schenkungsversprechens und die hiermit verbundene Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht ist also kein Entgelt der Leistung sondern nur die Rechtsfolge der Erfüllung¹⁾.

Die spätere Erfüllung des Schenkungsversprechens kann also nicht nachträglich dessen Charakter als Schenkung beeinträchtigen.

- c) Das Leistungsversprechen des § 518 Abs. I, Satz 1 und das Begriffsmerkmal des § 516 Abs. I, "wenn beide Teile einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt."

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist für eine Schenkung das gegenseitige Einverständnis von Schenker und Beschenktem erforderlich. Die Schenkung setzt also einen Vertrag voraus²⁾. Auch nach § 518 Abs. I, Satz 1 ist für das Schenkungsversprechen eine Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung notwendig.

1) Larenz II, § 47, S. 158; Oertmann, aaO; Anm. 1 c vor § 516.

2) HL; vgl. v. Tuhr, aaO, S. 154; Enneccerus-Lehmann, aaO, § 120; Oertmann, aaO, Anm. 2 zu § 516; Palandt-Putzo, aaO, Anm. 1 vor § 516; Erman-Seiler, aaO, § 516 Anm. 13; MünchKomm-Kollhosser, § 519 RdNr. 9.

Dies geht aus dem Gesetzestext "schenkweise" hervor. Anders als § 516 ist § 518 Abs. I, Satz 1 ausschließlich anwendbar, wenn sich der Schenker zu einer Leistung verpflichtet, sie also noch nicht erbringt. Das Schenkungsversprechen ist somit ein einseitig verpflichtender Schuldvertrag. Das Schenkungsversprechen ist eine Schenkung und § 516 Abs. I ist die Legaldefinition der Schenkung. Wenn aber das Schenkungsversprechen allein an Hand der Begriffsmerkmale des § 516 Abs. I als Schenkung rechtlich einzuordnen ist, wäre erforderlich, daß die Legaldefinition des § 516 Abs. I auch einen Schuldvertrag als Schenkung zuläßt.

In der Lehre ist man darüber uneinig, ob der Handschenkung eine Abrede über den Rechtsgrund¹⁾ oder ein Schuldvertrag²⁾ zugrundeliegt. Der wohl überwiegende Teil der Lehre folgt der ersteren Ansicht. Man argumentiert damit, daß der Schenker sich nicht zu einer Leistung verpflichte, sondern der freiwillig erfolgenden Leistung nur einen Rechtsgrund hinzufüge, ohne den sie sonst nicht rechtsbeständig wäre, sondern nach § 812 zurückgefordert werden könne³⁾.

1) Enneccerus-Lehmann, aaO, § 120, S. 487; v. Tuhr, aaO, 2. Band 2. Hälfte, § 72, S. 75; Siber, Heinrich, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iher Jb 70, 230 ff; Leonhard, Franz, Das Schuldrecht des BGB, II. Band, Besonderer Teil, § 52, S. 111 ff; Larenz, Schuldrecht II, § 47, S. 157, der aber für den Beschenkten Rechte aus § 523 herleitet.

2) Esser-Weyers, II. Teilband 1, § 12, S. 128; Staudinger-Reuss, aaO, § 516 Rz 2; Heck, aaO, § 94, S. 295; Oertmann Schuldverhältnisse, Anm. 3 vor § 516; Eckstein, AcP 107, S. 384 ff; Palandt-Putzo, § 516 Anm. 5; MünchKomm-Kollhossler, § 516 RdNr. 9; Soergel-Mühl, § 516 Rz 6.

3) Für alle vgl. Larenz, Schuldrecht II, § 47, S. 157.

Schramm¹⁾ stellt zurecht fest, daß der Ursprung dieser Meinung in den gemeinrechtlichen Anschauungen zur Schenkung liege, die auch nach Inkrafttreten des BGB ihren Einfluß nicht verloren hätten. Nach gemeinrechtlicher Vorstellung²⁾ war die Schenkung nicht ein einzelner Vertragstypus, sondern schlechthin der Gegensatz zu den entgeltlichen und gegenseitigen Verträgen, der allgemeine Bedeutung haben sollte. Man wollte deshalb die Schenkung in den allgemeinen Teil des BGB eingliedern³⁾.

Windscheid⁴⁾ widersprach dieser Meinung als erster. Er betonte die obligatorische Natur der Schenkung und reihte sie als besonderes Schuldverhältnis neben Kauf, Tausch und Miete usw. ein. Der Gesetzgeber glaubte, mit der Regelung des § 516 Abs. I alle Zweifel ausgeräumt zu haben⁵⁾, und fügte die Schenkung im Anschluß an die entgeltlichen Veräußerungsgeschäfte in den besonderen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse ein. Dennoch gehen die Ansichten über die Rechtsnatur der Einigung über die Unentgeltlichkeit bei der Handschenkung weiterhin auseinander.

1) Schramm, MDR 62, S. 961.

2) Vgl. Puchta-Savigny, Vangerow-Brinz, Zusammenstellung bei Windscheid, Pandektenrecht Bd. II, § 365 Nr. 18. Diese Ansicht stützt sich darauf, daß die Schenkung kein "einzelnes Rechtsgeschäft" sei, sondern ein "allgemeiner Charakter, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können". Savigny, System, 4. Band, § 142, S. 3.

3) v. Savigny, aaO, § 142, S. 3 ff; v. Vangerow, Lehrbuch, 1. Band, § 121, S. 176 ff.

4) Windscheid, aaO, § 365 Nr. 18, S. 384 ff; siehe auch Bothmer, AcP 61, S. 335 ff.

5) Motive II, S. 288 f; Protokolle II, S. 6 ff.

Sicherlich deuten die systematische Stellung der Schenkung im Anschluß an die Schuldverträge Kauf, Tausch und ihre Einordnung vor den Schuldverträgen Miete und Pacht darauf hin, daß der Gesetzgeber die Schenkung wohl als Schuldvertrag verstanden haben wollte, gleich ob es sich um eine Hand- oder eine Versprechensschenkung handelt. Ein Schuldvertrag zeichnet sich durch die Entstehung zumindest einer Verpflichtung aus (einseitig verpflichtender Schuldvertrag). Die Handschenkungen beinhaltet keine Verpflichtung, wenn man über gewisse Nebenverpflichtungen (die beispielsweise aus §§ 523, 524 resultieren) hinwegsieht und wenn die Parteien außer der Einigung über die Unentgeltlichkeit nichts weiteres vereinbaren. Hier reicht eine Rechtsgrundabrede aus, um der Leistung an den Beschenkten Bestandskraft zu geben und die Kondiktion nach § 812 auszuschließen. Diese Abrede hat wohl zweifellos schuldrechtlichen und nicht sachenrechtlichen Charakter, so daß man sie als schuldrechtliche Einigung über den Rechtsgrund bezeichnen kann.

An Gerichten und Notariaten findet man nun zahlreiche Hinweise darauf, daß auch sofort vollzogene Schenkungen ausführliche schuldrechtliche Vereinbarungen enthalten, die man nicht als Rechtsgrundabreden bezeichnen kann.

So verschenkt in einem Fall¹⁾ ein Vater seinen Miteigentumsanteil an einem Grundstück an seine Kinder und vereinbart mit ihnen:

1) VIII 938/74 AG Nürnberg.

"Für die Überlassung haben die Erwerber dem Veräußerer gegenüber keine Gegenleistungen zu erbringen.

Der Veräußerer verpflichtet sich, die Tilgungsleistungen¹⁾ wie bisher zu entrichten und zwar auf die Dauer der Minderjährigkeit der Kinder, sowie diese von jeglicher Inanspruchnahme seitens der in Ziff. I genannten Gläubiger auf eigene Kosten freizustellen.

Den Gläubigern gegenüber jedoch übernehmen die Erwerber zusammen mit den bisherigen Schuldern als Gesamtschuldner die nachbezeichneten Belastungen zur fernerer Verzinsung und Tilgung mit der Zinsentrichtungsverpflichtung vom Tag der Besitzübergabe an...."

In einem anderen Schenkungsvertrag²⁾ wird den Schuldnern ein Nutzungsrecht an dem verschenkten Grundstück bestellt:

"Die Überlassung erfolgt im Wege der Schenkung, also unentgeltlich. Jedoch behalten sich die Übergeber, Ehegatten auf Lebensdauer den unentgeltlichen Nießbrauch an den beiden übergebenen Miteigentumsanteilen vor.

1) An dem Grundstück bestand noch eine Hypothek. Der Schenker verpflichtete sich, auch nach der Übereignung des Grundstücks an den Beschenkten das Darlehen zu tilgen, für welches die Hypothek bestellt war.

2) VIII 142/74 AG Nürnberg

Für den Nießbrauch gelten die gesetzlichen Bestimmungen des BGB. Der Nießbrauch steht den beiden Übergebern an den beiden Miteigentumsanteilen jeweils als Gesamtberechtigten gem. § 528 mit der Maßgabe zu, daß nach dem Ableben eines der beiden Berechtigten der Nießbrauch dem Überlebenden von ihnen an den beiden überlassenen Miteigentumsanteilen allein und ungeschmälert zusteht."

Oder: ¹⁾

"Der schuldrechtliche Schenkungsvertrag wird unter der auflösenden Bedingung abgeschlossen, daß die Empfängerin vor Vollendung ihres 25ten Lebensjahres unverheiratet stirbt und ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstirbt.

Im Falle des Eintritts der auflösenden Bedingung sind die Erben der Empfängerin verpflichtet, das Grundstück an den Hofeigentümer..... zu übertragen und aufzulassen."

Andere Schenkungsverträge²⁾ beinhalten genaue Vereinbarungen über die zukünftige Verwendung des Geschenkes, seine Nutzung und Verwaltung, also Abreden, welche den Schenkungszweck absichern sollen. Der Schenkungsvertrag gibt beiden Parteien Rechte und Pflichten. Es handelt sich wohl eindeutig um schuldvertragliche Vereinbarungen.

1) VIII 331/68 AG Nürnberg.

2) VIII 331/68; 624/68; 1/73; 110/73; 115/73; 130/73; 616/74; 876/74; 3/75; 64/75; 83/75 Amtsgericht Nürnberg.
VIII 103/73; 132/73; 181/73; 356/73; 399/73; 464/73; 497/73; 616/74; 681/74; 887/74; 1083/74; 1110/74; 1284/74; 1473/74 Amtsgericht München.

Man kann somit feststellen, daß sich die Parteien zumindest bei der schenkweisen Übertragung relativ großer Vermögenswerte in der Regel schuldrechtlich verpflichten, auch wenn die Leistung unmittelbar mit dem Vertragsabschluß bewirkt wird und eine vollzogene Schenkung vorliegt. Der Schenkungsvertrag besteht in diesen Fällen eben nicht nur in der Einigung über die Unentgeltlichkeit, sondern noch in zusätzlichen Vereinbarungen, die beide Parteien berechnen und verpflichten. Die Schenkung kann also auch als sofort vollzogene Schenkung (Handschenkungen) ein Schuldvertrag sein, sei es, daß schuldrechtliche Vereinbarungen neben eine Rechtsgrundabrede (Einigung über die Unentgeltlichkeit) treten oder sei es, daß ein einheitlicher Schuldvertrag gegeben ist, der verschiedene Elemente enthält, nämlich die Einigung über die Unentgeltlichkeit und daneben Vereinbarungen, welche die Parteien nach Schenkungsvollzug verpflichten und berechnen.

d) Die Form des § 518 Abs. I, Satz 1.

Es ist zunächst zu prüfen, ob die Einhaltung der Form ein Begriffsmerkmal des Schenkungsversprechens darstellt.

Grundsätzlich kann die Form auch eine begriffliche Voraussetzung des Rechtsgeschäftes sein. So bezeichnet das Gesetz in Art. 1 und Art. 2 Wechselgesetz und Art. 1 und Art. 2 Scheckgesetz die Formen von Wechsel und Scheck als "Bestandteile" des Rechtsgeschäftes. Wird die Forderung nicht in die für einen Wechsel und einen Scheck maßgebende Form gekleidet oder fehlt auch nur ein Formteil, sind Wechsel und Scheck begriffsmäßig nicht gebildet.

Das Gesetz verdeutlicht dies in Art. 2 Wechselgesetz und Art. 2 Scheckgesetz ausdrücklich durch die Bestimmung, daß bei Vorliegen eines Formfehlers das Rechtsgeschäft nicht als gezogener Wechsel und nicht als Scheck gilt.

Ähnlich diesen Regeln trifft § 518 die Bestimmung, die Form sei zur Gültigkeit des Schenkungsversprechens erforderlich.

Grundsätzlich betrachtet der überwiegende Teil der Lehre die Form des Bürgerlichen Rechts als Zweckform¹⁾. Das heißt: Gegenüber dem Formverständnis des Altertums²⁾, das sich rechtlich relevantes Handeln ausschließlich formgebunden vorgestellt hat, fordert das Bürgerliche Gesetzbuch zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes nur dann eine Form, wenn rationale Gründe für eine Formgebundenheit sprechen. Die Form dient der Verwirklichung gewisser Zweckvorstellungen. Die klassischen Formzwecke sind die Sicherung des Beweises (Beweiszweck), der Schutz und zugleich die Warnung der Beteiligten vor der Verbindlichkeit der Willenserklärung (Warnungszweck), die Unterscheidung von Vorverhandlungen und die Klarstellung des Geschäftswillens (Klarstellungszweck)³⁾.

-
- 1) Larenz I, § 5, S. 57 ff, 59; Esser-Schmidt, I. Teilband 1, § 5, S. 52; Flume, aaO, § 15, S. 245: "Sie wird zum Mittel im Dienste der verschiedensten Zwecke"; Heldrich, AcP 147, S. 91 ff; Coing, Deutscher Notartag 65, S. 29 ff, 47; Burger, Diss.S. 20.
 - 2) Kaser, aaO, § 8, S. 39: "Die altrömische Privatrechtsformen sind Realformen (Wirkformen), die den Akt nicht bloß als äußere Zutat begleiten, sondern seinen Inhalt selbst ausdrücken oder verkörpern." Die Form des Altertums hatte die Funktion einer "Wirkform" oder "magischen" Form, vgl. Flume, aaO, § 15, S. 245; Häsemeyer, aaO, S. 164.
 - 3) Jansen, aaO, RdNr. 4 zu § 17 BeurkG, S. 150 f u. insbes. S. 150, Fußnote 6.

Die herrschende Lehre betrachtet die Form des Bürgerlichen Gesetzbuches deshalb als "mediatisierte" Form¹⁾, die sich von der sogenannten absoluten Form des Wechsels und des Schecks dadurch unterscheidet, daß sie nicht einen Teil des formgebundenen Rechtsgeschäftes darstellt, sondern eben nur der Verwirklichung bestimmter zusätzlicher Zwecke dient. Dieses Formverständnis gründet sich vor allem auf diejenigen Vorschriften, die eine Heilung des Formmangels gestatten²⁾. Denn Heilung bedeutet nach Ansicht der herrschenden Lehre³⁾, daß auch mit der Erfüllung des formwidrig abgeschlossenen Rechtsgeschäftes die mit der Form beabsichtigten Zwecke erreicht sind⁴⁾.

In der Eigenschaft einer Zweckform erscheint die Form aber nur als Attribut des rechtsgeschäftlichen Aktes, der ihr gegenüber verselbständigt ist⁵⁾.

§ 518 Abs. I, Satz 1 bestimmt, daß ein schenkweise gegebenes Leistungsversprechen zu seiner Wirksamkeit aus bestimmten Gründen notariell beurkundet werden muß.

1) Flume, aaO, § 15, S. 245; siehe auch Fundstellen der Fußnote 1 S. 39.

2) Vgl. §§ 313 Satz 2, 518 Abs. II, 766 Satz 2 BGB, § 15 Abs. IV, Satz 2 GmbHG.

3) Larenz I, § 5, S. 58 f; Merz, AcP 163, S. 325; ders. Jus 66, S. 434 f.

4) Zur sog. Zweckerreichungstheorie der HL, s.u.S. 60 ff.

5) Flume, aaO, § 15, S. 245; Reinhart, Diss. S. 131 ff, 156, verwendet den Begriff der "additiven Form", weil der Gesetzgeber auch mit der Normierung von absoluten Formen bestimmte Zwecke verfolge.

Für die Formbedürftigkeit ist also Vorfrage, ob das Leistungsversprechen eine Schenkung ist. Damit steht fest, daß das Leistungsversprechen begrifflich nach § 516 als Schenkung gebildet sein muß, wenn § 518 überhaupt zur Anwendung kommen soll. Demnach tritt die Form zu dem begriffsmäßig als Schenkung klassifizierten Schenkungsversprechen attributiv hinzu, ist also kein Begriffsmerkmal, sondern die Gültigkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäftes.

4) Zusammenfassung und Ergebnis

§ 516 Abs. I definiert als einleitende Bestimmung des Schenkungsrechts den Begriff der Schenkung. Danach sind sowohl eine schenkweise bewirkte Leistung, die man im herkömmlichen Sinne als Hand- oder Realschenkung bezeichnet, als auch ein schenkweise gegebenes Leistungsversprechen, nämlich das Schenkungsversprechen, eine Schenkung.¹⁾

Beide Schenkungsarten werden also von der Legaldefinition des § 516 erfaßt.

Da die Anwendbarkeit der Formvorschrift des § 518 voraussetzt, daß ein Leistungsversprechen "schenkweise" gegeben wird und dies allein anhand der Begriffsbestimmung des § 516 Abs. I geprüft werden kann, ist auszuschließen, daß § 516 Abs. I nur die Legaldefinition der Hand- oder Realschenkung bildet.

1) Jauernig/Vollkommer, BGB, § 516 Anm. 1 b aa und bb.

Dies entspricht auch der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, nach welcher § 516 Abs. I den Begriff der Schenkung schlechthin definiert.

§ 516 Abs. II gilt nur für die Handschenkung, da bei einem Schenkungsversprechen ausgeschlossen ist, daß die Zuwendung ohne den Willen des anderen Vertragsteiles erfolgt.

Gegenüber der Legaldefinition der Schenkung in § 516 Abs. I regelt § 518 Abs. I, Satz 1 die Voraussetzung, unter welcher eine Schenkung gültig ist, wenn die schenkweise Zuwendung nicht in einer Verfügung, also beispielsweise der Übereignung des Geschenkes, sondern in einem kausal begründeten Anspruch auf die Leistung besteht.

Nach § 516 Abs. I ist also begriffsmäßig und nach § 518 Abs. I, Satz 1 nur im Hinblick auf die Wirksamkeit zu entscheiden, ob ein Rechtsgeschäft den Bestimmungen des Schenkungsrechts unterliegt.

Demzufolge steht fest, daß § 518 Abs. I, Satz 1 nicht die Funktion besitzt, den Begriff des Schenkungsversprechens zu bestimmen. Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift besteht allein in der Funktion der Form als Gültigkeitsvoraussetzung des Schenkungsversprechens.

II. § 518 Abs. I, Satz 2:

"Das gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung."

1. Die Bedeutung des § 518 Abs. I, Satz 2 für den Inhalt der notariell beurkundeten Erklärung.

Dem Wortlaut des § 518 Abs. I, Satz 1 ist zu entnehmen, daß zur Wirksamkeit des Schenkungsversprechens nur die notarielle Beurkundung des "Versprechens" erforderlich ist. Das Gesetz verzichtet also auf die Formalisierung der Schenkungsannahme¹⁾ und damit des Schenkungsvertrages.

Der Gesetzestext sagt aber nichts darüber aus, ob auch der Geschäftszweck "schenkweise" in die notarielle Urkunde aufgenommen werden muß.

Das Schuldversprechen und das Schuldanerkennntnis im Sinne der §§ 518 Abs. I, Satz 2, 780, 781 sind einseitig verpflichtende abstrakte Schuldverträge. Für sie wird im folgenden dieser Oberbegriff gebraucht. Die abstrakten Schuldverträge enthalten ein Leistungsversprechen, stimmen also insoweit mit dem kausalen Schuldvertrag des § 518 Abs. I, Satz 1 überein. Auch liegt im Falle des § 518 Abs. I, Satz 2 den abstrakten Schuldverträgen der gleiche Geschäftszweck zugrunde, nämlich eine "schenkweise" begründete, abstrakt eingegangene Leistungspflicht.

1) Motive II, S. 293 f.

Das Leistungsversprechen des § 518 Abs. I, Satz 1 unterscheidet sich aber von dem des § 518 Abs. I, Satz 2 in der Art der Mitteilung seines Geschäftszweckes. Abstrakte Schuldverträge können über ihren Geschäftszweck nichts aussagen, so daß dem Rechtsgeschäft der von den Parteien bestimmte Grund oder Zweck des Geschäftsabschlusses nicht zu entnehmen ist¹⁾.

Einem Leistungsversprechen im Sinne des § 518 Abs. I, Satz 2 ist deshalb nicht zu entnehmen, ob es schenkweise gegeben wurde, also eine Schenkung darstellt.

Diese Eigenart betonte die ursprüngliche Fassung des § 518 Abs. I, Satz 2 im Entwurf I.: "Das gilt auch im Falle der Erteilung eines die Angabe des Verpflichtungsgrundes nicht enthaltenden Schuldversprechens oder Schuldanerkennnisses."

Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen²⁾, daß man in den Text des § 518 Abs. I, Satz 2 nur deshalb das Wort "schenkweise" mit aufnahm, um dem eventuellen Mißverständnis vorzubeugen, abstrakte Schuldverträge würden immer schenkweise abgeschlossen³⁾.

1) HL; Larenz II, § 65, S. 427; Staudinger-Müller, Vorbem. 3 zu § 780; Flume, aaO, § 12, S. 167. Larenz bezeichnet den abstrakten Schuldvertrag deshalb auch als selbständigen oder isolierten Schuldvertrag, Larenz II, § 65, S. 427.

2) Protokolle II, S. 13: "Wolle man in den Formzwang derartige Schenkungsversprechen einbeziehen, so müsse dies einen besonderen Ausdruck erhalten; von selbst ergebe sich diese Folge nicht."

3) Dieser Ansicht ist dennoch Dernburg, aaO, § 205, S. 124, der deshalb die Bestimmung des § 518 Abs. I, Satz 2 für überflüssig hält, da der "Schuldschein, auch dann ein Schenkungsversprechen darstellt, wenn der Schenkungszweck nicht in ihm hervorgehoben ist." Dagegen argumentierte Oppenheim, aaO, § 6, S. 25: "Wo die causa fehlt, darf man doch nicht ohne weiteres eine causa donationis ergänzen."

Da es begrifflich ausgeschlossen ist, daß ein abstrakter Schuldvertrag seinen Geschäftszweck mitteilt, kann im Falle eines Leistungsversprechens nach § 518 Abs. I, Satz 2 nur das Leistungsversprechen, keinesfalls aber sein Geschäftszweck "schenkweise" notariell beurkundet werden.

Die privatrechtliche Gestaltungsfreiheit gestattet nun den Parteien, ein Schenkungsversprechen entweder durch Loslösung vom Verpflichtungsgrund zu abstrahieren oder es kausal zu begründen und seinen Geschäftszweck mitzuteilen.

Wenn die Parteien aber zwischen kausalem und abstraktem Versprechen wählen können, ist kein Grund ersichtlich, weshalb im einen Fall der Zweck "schenkweise" zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts notariell beurkundet werden müßte und im anderen Fall nicht. Aus dem Grundsatz der Gestaltungsfreiheit im Privatrecht ist zu schließen, daß es zur Wirksamkeit eines Schenkungsversprechens nicht erforderlich ist, außer dem Versprechen auch den Geschäftszweck "schenkweise" (causa donandi) notariell zu beurkunden¹⁾.

1) RGZ 98, S. 128, Urteil v. 7.2.1920, V 343/19; RGZ 101, S. 101, Urteil v. 15.12.1920, V 320/20; ist die Verpflichtungserklärung formgerecht abgegeben, so muß die Frage, ob und inwieweit sie unentgeltlich ist, ggf. an Hand außerurkundlicher Umstände geklärt werden. MünchKomm-Kollhosser, § 518 RdNr. 5.

2. Die Bedeutung des § 518 Abs. I, Satz 2 für die Zwecke der Form.

- a) § 518 Abs. I, Satz 2 soll eine Umgehung des § 518 Abs. I, Satz 1 verhindern.

Das Gesetz bezeichnet in § 812 Abs. II einen abstrakten Schuldvertrag als Leistung.¹⁾

Wenn der Rechtsgrund eines abstrakten Schuldvertrages eine Schenkung ist, liegt eine schenkweise erfolgende Leistung vor; und es fragt sich, ob nicht eine Real- oder Handschenkung gegeben ist. § 518 Abs. I, Satz 2 würde dann zur Wirksamkeit einer Handschenkung die notarielle Beurkundung verlangen.

Ein Teil der Lehre ist dieser Ansicht.

Nach Planck²⁾ stellt der Gesetzgeber in § 518 Abs. I, Satz 2 bezüglich des Formerfordernisses eine "durch Begründung der abstrakten Verbindlichkeit vollzogene Schenkung" dem Schenkungsversprechen gleich, was aus § 812 Abs. II folge. Goldmann-Lilienthal³⁾ vertreten die Auffassung, an und für sich stehe ein Schuldanerkennntnis der vollzogenen Schenkung gleich und es werde nur wie ein Schenkungsversprechen behandelt, um eine Umgehung der Form zu vermeiden.

1) § 812 Abs. II regelt ausdrücklich nur das Schuldanerkennntnis. Im Entwurf I war auch das Schuldversprechen mit einbezogen, § 654 E I. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, daß die Bestimmung des § 812 Abs. II deshalb nur das Anerkenntnis als kondizierbar erklärt, weil die Kondizierbarkeit des abstrakten Versprechens von vorneherein zweifellos erschien, Mugdan, aaO, S. 1177/1178. Ebenso RG HRR 1929, S. 297; OLG Fft/Main in NJW 59, S. 184.

2) Planck, aaO, S. 284.

3) Goldmann-Lilienthal I, § 148, S. 551.

Oppenheim und Kuhn bezeichnen das abstrakte Versprechen als "Realleistung", die nur hinsichtlich der Form dem kausalen Versprechen gleichgestellt sei.¹⁾

Folgt man dem, so würde § 518 Abs. I, Satz 2 die Ausnahme von dem Grundsatz bedeuten, daß die Handschenkung formfrei wirksam ist.

Der abstrakte Schuldvertrag enthält eine Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. I. Die Bereicherung des Zuwendungsempfängers besteht auch hier in der Position, die Erfüllung einer Verpflichtung fordern zu können, und in der Übernahme der Schuld liegt auf Seiten des Versprechenden die nach § 516 für eine Schenkung vorausgesetzte Vermögensminderung. Wie im Falle einer kausal eingegangenen Verpflichtung sind also auch bei einer abstrakten Verpflichtung die Beziehungen zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger nicht gelöst.

1) Oppenheim, aaO, § 6, S. 26, 31; ähnlich auch BGB-RGRK-Mezger, § 518 Rz 2.

Dennoch betrachtet das Gesetz in § 812 Abs. II ausschließlich die abstrakt eingegangene Verpflichtung als Leistung¹⁾.

Diese stellt jedoch grundsätzlich noch nicht das Verhalten dar, zu dem der Schuldner letzten Endes verpflichtet ist: § 364 Abs. II BGB legt fest, daß die Parteien den Abschluß des abstrakten Verpflichtungsgeschäftes "im Zweifel" nicht als den erstrebten Leistungserfolg betrachten. Dies bedeutet, daß der Abschluß eines abstrakten Schuldvertrages im Regelfall keine vollzogene Schenkung ist.

1) Die Leistungsnatur des durch ein abstraktes Verpflichtungsgeschäft begründeten Forderungserwerbes beruht nach herrschender Lehre nicht so sehr auf seiner Loslösung vom Verpflichtungsgrund (worin der Forderungserwerb dem auf einer Verfügung beruhenden gleicht), als in einer Besserstellung des Erwerbers im Prozeß.

a) Die Loslösung ist bei dem abstrakten Verpflichtungsgeschäft nicht so streng durchgeführt, wie bei dem Verfügungsgeschäft, da der rechtsgrundlos begründeten Forderung neben dem Anspruch auf Herausgabe des Erlangten (§§ 812 Abs. II, 814) die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung gegenübersteht (§ 821), die auch im Falle der Abtretung im Verhältnis zu Dritten über § 404 dauernd erhalten bleibt. (Flume, § 12, S. 173 verneint deshalb die Abstraktheit des Verpflichtungsgeschäftes)

b) Dennoch räumt der durch das selbständige Verpflichtungsgeschäft begründete Forderungserwerb dem Gläubiger eine Besserstellung gegenüber dem aufgrund eines kausalen Verpflichtungsgeschäftes ein: Die rechtliche Durchsetzung wird dem Gläubiger durch die verbrieft Forderung erleichtert, er wird sicherer gestellt, da er, ohne auf das Grundgeschäft zurückgreifen zu müssen, einen abstrakten Schultitel in Händen hat. Der Vorteil besteht somit sowohl für den ersten Gläubiger wie für seinen Rechtsnachfolger in der Verbesserung der prozessualen Rechtsstellung.

Larenz II, § 65, S. 429; § 64 III; A.v.Tuhr in Festschrift für Schultze S. 27 ff; Esser-Weyers, II. Teilband 1, S. 325.

Die Parteien können sich jedoch darüber einigen, daß bereits die im Abschluß eines abstrakten Schuldvertrages liegende Leistung der Endzweck des Rechtsgeschäftes sein soll, und so kann der "Zweifel" im Sinne des § 364 Abs. II von den Parteien behoben werden. Ein Fall der Handschenkung läge deshalb vor, wenn die Beteiligten spätestens¹⁾ mit dem Abschluß der kausalen Schenkungsvereinbarung²⁾ einig sind, ein abstraktes Verpflichtungsgeschäft einzugehen und den verbrieften Forderungserwerb ganz einfach als erreichtes Endziel der Schenkung zu betrachten³⁾. Die Abgabe eines Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens im Sinne der §§ 780, 781 wäre dann die Leistungshandlung⁴⁾ des Zuwendenden, die den bezweckten Leistungserfolg herbeiführt.

1) Wegen § 516 Abs. II.

2) Causa und abstraktes Folgegeschäft erscheinen dann in einem Akt.

3) Bei dem abstrakten Versprechen handelt es sich dann um eine Leistung an Erfüllung Statt, § 364 Abs. I, vgl. Larenz I, § 18, S. 202.

4) a) Versteht man unter der Handschenkung eine Leistung, die zum Zwecke der unmittelbaren Begründung eines kausalen Schuldvertrages erbracht wird, zu dessen Zustandekommen es gerade der betreffenden Güterbewegung bedarf (so Esser-Weyers, aaO, § 12, S. 128; Heck, aaO, § 92, S. 295; Oertmann, aaO, vor § 516; Siebert-Ballerstedt 6 zu § 516), so kann Leistungshandlung dabei die Vereinbarung einer Schuldersetzung sein, bei welcher eine kausale Schuld ohne Leistungspflicht durch Begründung einer abstrakten (mit Leistungspflicht) ersetzt wird.

b) Versteht man unter der Handschenkung eine die Leistung begleitende Zweckabrede (A.v.Tuhr, aaO, S. 75; Larenz II, § 47, S. 157; Enneccerus, aaO, § 343, S. 373), so ist Leistungshandlung die parteiliche Vereinbarung, freiwillig und nicht im Hinblick auf eine kausale Schuld, eine abstrakte zu begründen.

Den Parteien stünde demnach zur Disposition, ob das schenkweise gegebene abstrakte Versprechen bereits eine vollzogene Schenkung oder nur ein Schenkungsversprechen ist.

Sie könnten also wählen zwischen einem abstrakten Schuldvertrag, der zu seiner Wirksamkeit nach §§ 780, 781, 516 Abs. I lediglich einfacher Schriftform bedarf und einem Schuldvertrag, der nach § 518 Abs. I, Satz 1 zu seiner Wirksamkeit der qualifizierten Form notarieller Beurkundung bedarf.

§ 518 Abs. I, Satz 1 könnte also leicht umgangen werden.

Dies soll die Bestimmung des § 518 Abs. I, Satz 2 verhindern¹⁾. Sie verlangt auch im Falle des schenkweise gegebenen abstrakten Versprechens die notarielle Beurkundung zur Wirksamkeit des Geschäftes.

b) Die wesentlichen Formzwecke.

Nach herkömmlicher Ansicht verfolgt der Gesetzgeber mit der Anordnung der notariellen Beurkundung folgende Zwecke²⁾:

die Verhütung übereilt abgegebener Schenkungsversprechen und eine Klarstellung, ob das Versprechen ernst gemeint ist und nur die Absicht angekündigt wird, künftig schenken zu wollen. Auch soll eine Umgehung erbrechtlicher Formvorschriften verhindert werden, und schließlich ist beabsichtigt, mit der notariellen Beurkundung Streitigkeiten über angebliche Schenkungen Verstorbener vorzubeugen.

1) Nach Kollhosser dient § 518 Abs. I, Satz 2 einem "effektiven" Übereilungsschutz, MünchKomm-Kollhosser, § 518, RdNr. 8.

2) Motive II, S. 293; Mugdan, Materialien II, S. 105.

Von diesen Zwecken ist nach herrschender Meinung¹⁾ der Schutz des Schenkers vor übereilter Eingehung einer Verpflichtung der Hauptzweck der Form des § 518 Abs. I.

Dies leitet man von der Vorstellung ab, daß die Schenkung als altruistische, freigebige Zuwendung mit anderen Maßstäben zu bemessen sei als ein wirtschaftliches Rechtsgeschäft²⁾. Auch sei der Schenker gerade dafür prädestiniert, aus einer momentanen oder emotionalen Regung heraus, zumindest aber vorzeitig und übereilt, zu schenken. Diese Gefahr sei umso größer, je leichter die Schenkung falle. Weil aber gerade das Eingehen einer Verbindlichkeit die Schenkung einfach und unproblematisch mache, sei der Schenker besonders schutzbedürftig³⁾.

Da in der Eingehung der Verpflichtung bereits die Schenkung liegt, sollte der Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes erschwert werden. Hierfür bietet sich an, zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes eine Form zu verlangen, deren Beachtung vor allem dem Zweck genügt, den Schenker zu schützen.

-
- 1) Heck, aaO, § 93, S. 291; Reinicke, aaO, § 11; Flume, aaO, § 15, S. 247; Larenz AT, § 21, S. 375. Dies betonte auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 16.6.1909 -189/09-, RGZ 71, S. 289 ff: "Vor allem kommt in Betracht der Zweck des Gesetzes, den Schenker vor Übereilung zu schützen bei Vermögenszuwendungen, die er nicht sofort als solche empfindet." MünchKomm-Kollhosser, aaO, § 518 RdNr. 3.
- 2) Boehmer, Grundlagen, S. 148; Crome II, S. 507; Heck, aaO, § 92, S. 289.
- 3) v. Meyerfeld, aaO, S. 1ff; Heck, aaO, § 92, S. 298; Burckhard, aaO, S. 28.

Auch § 518 Abs. I, Satz 2 betont den Schutzzweck der Form. Zwar stellt eine abstrakte Verpflichtung nach § 812 Abs. II eine Leistung dar, doch empfindet der sich Verpflichtende seine Willens- oder Verpflichtungserklärung noch nicht so im Sinne einer Vermögensminderung, wie wenn er beispielsweise die abstrakte Verpflichtung durch Übergabe eines körperlichen Vermögensgegenstandes erfüllt. § 518 Abs. I, Satz 2 verdeutlicht das Bestreben des Gesetzgebers, die Vertrags- und Formfreiheit so lange einzuschränken, wie der Schenker die Vermögensminderung nur als Willenserklärung empfinden kann und deshalb den Vermögensverlust noch nicht materiell spürt.

Doch ist § 518 Abs. I Satz 2 in Verbindung mit den Bestimmungen des Beurkundungsgesetzes (§§ 1, 17-21 des Beurkundungsgesetzes) noch ein anderer Formzweck zu entnehmen. Gem. §§ 780, 781 ist zur Wirksamkeit eines abstrakten Verpflichtungsgeschäftes die einfache Schriftform erforderlich. Wenn nun § 518 Abs. I, Satz 2 darüberhinaus die notarielle Beurkundung verlangt, betont das Gesetz, daß es sich hiervon mehr verspricht als von der einfachen Schriftform.

Wie bereits ausgeführt¹⁾ soll die Form nach herkömmlicher Ansicht grundsätzlich den Beweis eines Rechtsgeschäftes seinem Bestand und Inhalt nach sicherstellen, sie soll die Beteiligten schützen und die Ernsthaftigkeit der Erklärung gewährleisten. Die Form dient dazu, die Vollendung des Geschäftsabschlusses außer Zweifel zu stellen und den Geschäftswillen unzweideutig zum Ausdruck zu bringen.

1) Siehe oben S. 39 u. S. 50; Jansen, aaO, Rd.Nr. 4 zu § 17 BeurkG, S. 150 f u. S. 150 Fußnote 6.

Von diesen Zwecken werden der Beweiszweck und der Schutzzweck ebenso mit der einfachen Schriftform vollkommen erreicht, wie der Zweck, den Geschäftsabschluß von Vorverhandlungen zu unterscheiden und nachträgliche Streitigkeiten zu verhindern¹⁾.

Schließlich würde auch für die Echtheit der Schrift oder Unterschrift die Unterschriftsbeglaubigung²⁾ oder die Abgabe der Erklärung vor Zeugen oder einer Behörde genügen. Der Zweck, eine Umgehung erbrechtlicher Vorschriften zu vermeiden, wäre auch mit einer dem eigenhändigen Testament entsprechenden Form (§ 2247) erreichbar³⁾.

Nur von dem Zweck, den tatsächlichen Geschäftswillen unzweideutig zum Ausdruck zu bringen, läßt sich sagen, daß er nur unvollkommen erreicht wird, wenn es an der Mitwirkung einer rechtskundigen Urkundsperson fehlt. Gerade in der Teilnahme eines unparteiischen Fachmannes am Geschäftsabschluß liegt der wesentliche Unterschied der notariellen Beurkundung zur einfachen Schriftform.

1) Mecke, aaO, RdNr. 1 zu § 17 BeurkG, S. 152; ebenso Jansen, aaO, RdNr. 4 zu § 17 BeurkG, S. 151.

2) Die Unterschriftsbeglaubigung begründet vollen Beweis für die Echtheit der Unterschrift (§ 418 ZPO); eine vom Aussteller unterschriebene Privaturkunde beweist unwiderlegbar die Abgabe der darin enthaltenen Erklärungen (§ 416 ZPO).

3) Nach h.M. kann ein Schenkungsversprechen von Todes wegen (§ 2301), das nicht den Formvorschriften des Erbvertrags entspricht, z.B. in Briefform gegeben wird, als eigenhändiges Testament aufrechterhalten werden, Palandt-Keidel, § 2301 Anm. 2.

Dies kommt in den Bestimmungen der §§ 1, 17-21 BeurkG in Verbindung mit § 518 Abs. I klar zum Ausdruck. Während vor dem Inkrafttreten des BeurkG¹⁾ auch die gerichtliche Beurkundung vorgesehen war, legen nun § 1 BeurkG in Verbindung mit § 518 Abs. I BGB die alleinige Zuständigkeit des Notars fest. Hieraus ist wohl zu schließen, daß neben der Beurkundung als Dokumentation des Verpflichtungswillens vor allem die Beratung, Aufklärung und Klarstellung des Geschäftswillens Hauptzwecke der notariellen Beurkundung sind, denn das bloße Niederlegen eines Geschäftsvorgangs in einer Urkunde entspricht wohl mehr dem Aufgabenbereich des gerichtlichen Urkundsbeamten. Die wesentliche Bedeutung des Beurkundungsvorganges kommt deshalb der Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars zu, wie sie in den §§ 17 ff BeurkG näher geregelt sind²⁾.

-
- 1) Das Beurkundungsgesetz trat am 1.1.1970 in Kraft. Es hat sich zur Aufgabe gemacht, die bis dahin nach Bundes- und Landesrecht stark zersplitterten Beurkundungszuständigkeiten zu bereinigen, das Beurkundungsverfahren zu kodifizieren und zu vereinheitlichen und aus diesem Anlaß die Anforderungen an eine wirksame Beurkundung einzuschränken, nämlich auf dasjenige Maß, welches im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs unerläßlich erscheint. (BT-Drucks. V 3282, S. 32; Einl. zur Begr.; BT-Drucks. V 4014 zu II).
 - 2) Höfer-Huhn-v. Schuckmann, BeurkG, § 17 Anm. 1: "In den §§ 17 ff drückt sich also aus, was Feyock (DNotZ 1952, 244) plastisch mit dem Satz umschreibt: Der Notar schuldet den Beteiligten nicht nur die wirksame Beurkundung, sondern das wirksame Rechtsgeschäft. In der pflichtgetreuen Anwendung der Vorschriften über die Prüfungs- und Belehrungspflicht erfüllt sich Sinn und Wesen des deutschen Notariats." Ebenso Mecke, Beurkundungsgesetz, § 17 Rz 2; Keidel-Kuntze-Winkler, aaO, § 17 Rz 1: "Die notarielle Form soll die Mitwirkung des Notars sicherstellen, die in der Prüfung und Belehrung liegt. § 17, der in seinen Absätzen 1 und 2 die §§ 26 und 31 BNotO übernimmt, macht dies zur obersten Pflicht des Notars." Haug, DNotZ 72, 388 ff.

Aus der Umstellung¹⁾ des bisherigen § 26 Bundesnotarordnung in § 17 Beurkundungsgesetz schließt Flume²⁾ sogar auf eine bedeutende "materielle Mitwirkungspflicht" des Notars an der Rechtsgestaltung. Während in § 26 Bundesnotarordnung die Belehrungspflicht des Notars nur dem Zweck diene, Irrtümer zu vermeiden und unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht zu benachteiligen, sei die Belehrungspflicht nunmehr "verabsolutiert", weil sie in einem selbständigen Satz vor dem bloßen Zweck der Irrtumsvermeidung hervorgehoben worden sei.

Ähnlich argumentiert auch Jansen³⁾:

"Abs. I des § 17 tritt an die Stelle des § 26 Bundesnotarordnung und der entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen.

1) § 26 BNotO lautete: "Der Notar hat bei der Beurkundung darauf Bedacht zu nehmen, daß Irrtümer und Zweifel vermieden, sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden." Zur Belehrungspflicht äußert sich § 26 BNotO wie folgt: "Er hat zu diesem Zwecke" "

§ 17 BeurkG beginnt: "Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden werden, sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden."

2) Flume, DNotZ 69, So-Heft S. 33 ff; Schollen ebenda, S. 51 ff.

3) Jansen, aaO, RdNr. 2 zu § 17 BeurkG, S. 150.

Diese Umstellung hat jedoch nicht nur sprachliche Bedeutung, sondern bedeutet eine Gewichtsverlagerung zugunsten einer Verstärkung der Mitwirkungspflicht des Notars, die jetzt nicht mehr nur Mittel zum Zweck ist, Irrtümer zu vermeiden und unerfahrene und ungewandte Beteiligte vor Benachteiligung zu schützen; nach der neuen Fassung ist die Belehrungspflicht selbstständig und die Vermeidung von Irrtümern und der Schutz Unerfahrener und Ungewandter tritt unterstützend hinzu."

3. Zusammenfassung

§ 518 Abs. I, Satz 2 besitzt folgende rechtliche Bedeutung:

Diese Bestimmung stellt klar, daß der Geschäftszweck des Versprechens, sich "schenkweise" zu einer Leistung zu verpflichten, nicht in die notarielle Urkunde aufgenommen werden muß. Außerdem entzieht die Bestimmung den Parteien die Möglichkeit, gem. §§ 780, 781 schenkweise ein abstraktes Schuldverhältnis einzugehen und so mit einfacher Schriftform § 518 Abs. I, Satz 1 zu umgehen. § 518 Abs. I, Satz 2 dient insoweit der Erreichung der Formzwecke.

Vor allem zeigt eine genaue Auslegung der Vorschrift, worauf es dem Gesetzgeber mit § 518 ankommt. Der Schenker soll zwar vor Übereilung geschützt werden solange die Vermögenszuwendung nur in der Abgabe einer Versprechenserklärung liegt, doch liegt der wesentliche Zweck der Form in der Aufklärung, Beratung und Klarlegung des Geschäftswillens durch die Mitwirkung einer unparteiischen und sachkundigen Urkundsperson.

III. § 518 Abs. II:

"Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der Leistung geheilt."

1. Problemstellung

§ 518 Abs. I bestimmt, daß das Schenkungsversprechen nur bei notarieller Beurkundung des Versprechens gültig ist. Die Form ist deshalb Gültigkeitsvoraussetzung¹⁾ oder Wirksamkeitsbedingung²⁾ des Rechtsgeschäftes. Fehlt einem Rechtsgeschäft die gesetzliche Form, so ist es nichtig (§ 125) und kann grundsätzlich nur durch Neuvernahme (Bestätigung) wirksam werden. Während § 141 Abs. I dies für das Bürgerliche Recht allgemein bestimmt, trifft § 518 Abs. II für das Schenkungsrecht die Regelung, daß der Mangel der Form durch die Bewirkung der Leistung geheilt wird.

Verschiedene Theorien suchen das Wesen der Heilung eines Formmangels zu erfassen. Sie werden im folgenden erörtert. Abschließend wird in einer Stellungnahme die Bedeutung des § 518 Abs. II dargestellt.

2. Die Heilungsbestimmung nach dem Verständnis der Lehre und Rechtsprechung.

- a) Das Verhältnis von Heilung und Bestätigung, die Bestätigungstheorie.

Gemäß § 141 können die Parteien ein aus irgendwelchen Gründen nichtiges Rechtsgeschäft durch Bestätigung wirksam werden lassen.

1) Esser I, § 12, S. 90.

2) Larenz I, § 5, S. 59.

Dies bedeutet, daß die Parteien das Rechtsgeschäft erneut abschließen.

Die Bestätigung eines wegen Formmangels nichtigen Vertrages erfolgt also nur im Wege seiner vollständigen und formgerechten Wiederholung¹⁾.

Der ursprünglich nichtige Akt wird also nicht etwa nachträglich wirksam²⁾.

Im Gegensatz zur Bestätigung nach § 141 ist es nach § 518 Abs. II nicht erforderlich, das gesamte Rechtsgeschäft einschließlich der Form nachzuholen.

Dennoch wird die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nachträglich behoben und der Formmangel geheilt.

Um das Wesen der Heilungsbestimmung dogmatisch erklären zu können, nahmen das Reichsgericht³⁾ und ein Teil der Lehre⁴⁾ an, die Erfüllung der zunächst formnichtigen Verpflichtung sei ein Formersatz⁵⁾.

1) HL; vgl. für alle Larenz AT § 23, S. 417; Flume, aaO, § 30, S. 551.

2) Deshalb sollte man nach Ansicht von Staudinger-Coing überhaupt nicht von Bestätigung, sondern von erneuter Vornahme reden, da es rechtlich unmöglich sei, durch einen erneuten Willensakt "nach rückwärts hin dem Kraft zu verleihen, was nichtig ist", Staudinger-Dilcher, aaO, Anm. 7 zu § 141.

3) RGZ 75, S. 114 ff, 115, Urt. v. 7.1.1911, V 104/10 zu § 313, S. 2; unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien, vgl. Motive I, S. 183.

4) Enneccerus, aaO, § 252, Anm. 16, Planck, aaO, Anm. 4 zu § 313, Satz 2.

5) Reichsgericht und Lehre behandeln diese Fragen vorwiegend für die Fälle des nichtigen Grundstücksveräußerungsvertrages, bei dem die fehlende Form durch Auflösung und Eintragung ersetzt werde. Dementsprechend ist dieser Ansicht nach bei dem formwidrigen Schenkungsversprechen die Bewirkung der Leistung Formersatz.

Statt die Form nachzuholen, sollte genügen, sie zu ersetzen. Hiernach hätte § 518 Abs. II für das Schenkungsrecht eine entsprechende Bedeutung wie § 141 BGB im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die sogenannte Bestätigungstheorie wird aber von der neueren Rechtsprechung¹⁾ und dem überwiegenden Teil der Lehre²⁾ abgelehnt.

Die Bestätigung des ursprünglich beabsichtigten aber formnichtigen Vertrages bedeutet die Neuvernahme eines kausalen Geschäftes, Heilung dagegen seine Erfüllung. Zur Bestätigung ist der für den Abschluß des Grundgeschäftes rechtserhebliche Geschäftswille erforderlich³⁾, zur Erfüllung dagegen nur Erfüllungswille.⁴⁾ Die der Erfüllung dienenden Vollzugsgeschäfte sind nach dem Dogma des abstrakten dinglichen Vertrages aber nicht geeignet, die vorausgegangenen unwirksamen Abreden in sich aufzunehmen, oder auch nur die Parteien anzuhalten, sie zu wiederholen.⁵⁾

-
- 1) RGZ 130, S. 248, 253, Urt. v. 13.11.1930, VI 442/29. BGHZ 32, S. 11 ff, 13, Urt. v. 13.1.1960, V ZR 135/58.
 - 2) Esser II, § 61, S. 15, Fußnote 31, Larenz I, § 5, S. 63; Reichel, AcP 104, 32 f; Heldrich, AcP 156, 355 ff.
 - 3) Larenz AT, § 23, S. 417 f: "Von einer Bestätigung kann man nur dann sprechen, wenn sich der erklärte Wille der Parteien darauf richtet, daß das früher vorgenommene Geschäft gerade mit seinem ursprünglichen Inhalt gelten solle."
 - 4) Dementsprechend verneinte das der Bestätigungstheorie folgende Reichsgericht eine Heilung, wenn im Falle eines formnichtigen Grundstücksveräußerungsvertrages im Augenblick der Auflassung auch nur eine der Vertragsparteien den (bestätigenden) Geschäftswillen nicht mehr besaß, RGZ 52, 1 ff, 5, Urt. v. 30.4.1907.
 - 5) BGHZ 32, S. 11 ff, 13, Urt. v. 13.1.1960, VZR 135/38.

Da nach § 518 Abs. II Heilung nur durch Erfüllung eintritt, kann § 518 Abs. II nicht im Sinne einer erneuten Vornahme des ursprünglich beabsichtigten Rechtsgeschäftes verstanden werden, weil dieses ja ein kausaler Schuldvertrag war.

Heilung durch Erfüllung schließt also aus, die rechtliche Bedeutung des § 518 Abs. II in einer Ersetzung oder Wiederholung des kausalen Grundgeschäftes (des Schenkungsversprechens) zu sehen.

b) Die Zweckerreichungstheorie

Der überwiegende Teil der Lehre¹⁾ und die Rechtsprechung²⁾ sind der Ansicht, daß mit Bewirkung der Leistung der Formzweck sich verflüchtigt oder zurücktreten müsse³⁾. Die Beachtung der Form sei als "psychologische Hemmung"⁴⁾ des Schenkers gedacht und werde in dieser Funktion auch mit der Erfüllungshandlung erreicht.

1) Der überwiegende Teil der Lehre betrachtet das Wesen der Heilungsbestimmungen, § 313 Satz 2, § 518 Abs. II und § 766 Satz 2 allgemein, während Flume sie singulär interpretiert, Flume, aaO, § 15, S. 469. Zur HL vgl. Reichel, AcP 104, 32 f; W. Lorenz, AcP 156, 295 ff; ders. Jus 66, 434 f; Merz, AcP 163, 325; Larenz I, §§ 5, 62 f; Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, S. 11.

2) BGHZ 32, 11 ff, 13; Urt. v. 13.11.1930, VI 452/29; BGHZ 47, 266 ff.

3) Heldrich, aaO, S. 355 f.

4) Larenz I, § 5, S. 59.

Mit diesem rechtspolitischen Argument erklärt die Zweckerreichungstheorie die Heilung der Formnichtigkeit.

Nach herrschender Ansicht ist das ursprünglich beabsichtigte Schenkungsversprechen gem. §§ 125, 518 Abs. I, Satz 1 nichtig¹⁾. Hierunter wird allgemein verstanden, daß es in jeder Beziehung unwirksam sei und dies auch grundsätzlich "dauernd" bleibe²⁾. Demgemäß wird das formwidrige Schenkungsversprechen als von Anfang an nichtig, nicht etwa im Sinne einer nur schwebenden Unwirksamkeit, betrachtet.

Bei der Heilung des Formmangels durch Erfüllung sind der Leistungsvollzug oder die Erfüllungshandlung keine etwa nachholbaren Wirksamkeitsvoraussetzungen, sondern die Entscheidung des Gesetzgebers geht dahin, daß der Formzweck sich mit der Erfüllung erledigt hat. Dies hat nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung zur Folge³⁾, daß das Schenkungsversprechen nachträglich wirksam wird.

Literatur und Rechtsprechung stimmen darin überein, daß die im ersten Entwurf des BGB im Jahre 1888 vorgesehene und zur Verdeutlichung dienende⁴⁾, von der zweiten Kommission aber als überflüssig gestrichene⁵⁾ Bestimmung des § 108 die Folge der Nichtigkeit richtig wiedergegeben habe:

1) Zur Entwicklung des Begriffes der Formnichtigkeit, vgl. Häsemeyer, aaO, S. 28 ff, 36 ff, 287.

2) Larenz AT, § 23, S. 415.

3) Vgl. o.S. 60 Fußnoten 1) und 2).

4) Motive I, S. 216.

5) Protokolle I, S. 125.

"Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wurde."

Nichtigkeit bedeutet demnach nicht, daß das Rechtsgeschäft als solches nicht vorhanden sei, oder ein Nullum¹⁾ darstelle. Vielmehr ist das Rechtsgeschäft als vorgenommener Akt, als Geschehnis existent²⁾; lediglich die mit seiner Vornahme bezweckten Wirkungen oder intendierten Rechtsfolgen treten nicht ein. Ausnahmsweise wird dieser Umstand jedoch im Wege der Erfüllung geheilt, wenn es gesetzlich³⁾ zugelassen ist. Somit wird der ursprünglich formnichtige Vertrag gültig und die beabsichtigte Rechtsfolge einer Schenkung durch Begründung eines Forderungsrechts tritt nachträglich ein.

Die Gültigkeit wirkt jedoch nicht auf den ursprünglichen Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses zurück⁴⁾.

Das Schenkungsversprechen wird erst vom Zeitpunkt der Erfüllung an als gültig behandelt.

1) Flume, aaO, § 30, S. 558; Larenz AT, § 23, S. 416.

2) Larenz AT, § 23, S. 416.

3) Folgende weitere Bestimmungen gestatten eine Heilung des Formmangels: § 313 Satz 2 für das formnichtige Grundstücksveräußerungsgeschäft; § 766 Satz 2 für das Bürgschaftsversprechen; § 15 Abs. IV, Satz 2 GmbHG für die Veräußerung von GmbH-Anteilen.

4) Enneccerus-Lehmann, aaO, § 28, S. 125; Staudinger-Dilcher, Anm. 7 zu § 141; Erman-Westermann, Anm. 1 zu § 141.

Um Unbilligkeiten zu vermeiden¹⁾, hilft man, der Rechtsprechung folgend, mit analoger Anwendung des § 141 Abs. II, wonach die Parteien verpflichtet sind, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig wäre²⁾.

Nach der Zweckerreichungstheorie besitzt § 518 Abs. II somit die Bedeutung, das ursprünglich beabsichtigte Schenkungsversprechen vom Zeitpunkt der Erfüllung an gültig werden zu lassen.

Man begründet dies mit dem rechtspolitischen Argument, der Formzweck des § 518 Abs. I, Satz 1 werde auch mit der Erfüllung des formwidrigen Schenkungsversprechens erreicht. Demnach stellt nach der Zweckerreichungstheorie das formnichtig-heilbare Schenkungsversprechen eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtigkeit nach § 125 dar.

c) Die Heilungsbestimmung als Formersatz

aa) Die Erfüllung als ergänzender Tatbestandsteil des Rechtsgeschäftes.

Gegenüber der Bestätigungstheorie und der Zweckerreichungstheorie stellen die Vertreter dieser Ansicht auf die Intensität der Nichtigkeit bzw. auf den Grad der Unwirksamkeit ab.

1) Lange, AcP 144, S. 149.

2) Vgl. o.S. 60 Fußnoten 1 und 2.

Das formnichtig-heilbare Rechtsgeschäft sei nur "einstweilen"¹⁾ nichtig, es handele sich um "schwächere"²⁾ Nichtigkeit, es dürfe nur als "unwirksam"³⁾ bezeichnet werden oder es komme in seiner Wirkung "schwebender Unwirksamkeit"⁴⁾ gleich.

Die Heilung des Formmangels erklärt Oertmann⁵⁾ als die gesetzgeberische Entscheidung, nach welcher für das Wirksamwerden des formwidrigen Vertrages "nur das Hinzukommen eines weiteren Tatsachenmoments der dinglichen Übereignung notwendig ist." Die Form stelle ein Wirksamkeitserfordernis des Schenkungsversprechens insofern dar, als dessen Tatbestand zwar mit Abschluß schon des formwidrigen Rechtsgeschäftes gegeben, aber noch nicht vollendet⁶⁾ sei.

Fehle die Form, so bedeute die Heilungsbestimmung die gesetzgeberische Entscheidung, daß die Parteivereinbarung als Tatbestandsteil des Schenkungsversprechens zwar unwirksam, jedoch durch Erfüllung ergänzungsfähig, bestehen bleibe.

Der formlose Vertrag sei mehr als ein Nichts, ein "ergänzungsbedürftiges, aber auch von vorneherein als ergänzungsfähig erachtetes rechtsgeschäftliches Tatbestandsstück".⁷⁾

1) Lehmann AT, S. 221.

2) Beitzke, Nichtigkeit und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen (Recht und Zeit, Heft 9) 1948, S. 27.

3) Oertmann, ZBlFG 16, S. 589 ff, 598.

4) A.v.Tuhr, AT II1, § 63, S. 504 f.

5) Oertmann, aaO, S. 598.

6) Oertmann, Die Rechtsbedingung, S. 26.

7) Oertmann, ZBlFG 16, S. 598 f.

Demnach kann die Erfüllung kraft gesetzgeberischer Entscheidung die Form ersetzen und wie diese zusammen mit der Parteivereinbarung den zwar formlos schon bestehenden, aber nunmehr erst vollendeten Tatbestand des § 518 Abs. I, Satz 1, § 516 Abs. I bilden.

Nach dieser Ansicht bedeutet also die Heilungsbestimmung die gesetzgeberische Entscheidung, das formwidrige Schenkungsversprechen bilde einen ergänzungsfähigen Tatbestandsteil¹⁾, die Erfüllung nehme eine der Form entsprechende Funktion ein und stelle deshalb neben formgerechter Vornahme die zweite Errichtungsform des gültigen Schenkungsversprechens dar.

bb) Form und Heilungshandlung als alternative Wirksamkeitsvoraussetzung des Schenkungsversprechens.

Die von Reinhart vertretene Ansicht²⁾ stimmt in ihrem Grundsatz mit Oertmanns Theorie überein: Die Erfüllung kann die Form ersetzen.

Der Unterschied zwischen beiden Ansichten besteht im Formverständnis. Während Oertmann die Form und ihren Ersatz als tatbestandvollendenden Teil³⁾ des Rechtsgeschäftes bezeichnet, ist sie für Reinhart "Wirksamkeitsvoraussetzung".⁴⁾

1) Das formwidrige Schenkungsversprechen ist nur in "quali" fehlerhaft. Der Erfüllungsakt verhält sich zu ihm so, "wie die Genehmigung zu den - nicht lediglich vorteilhaften - Verträgen der Geschäftsbeschränkten (§ 108 BGB) oder den Verfügungen der Nichtberechtigten (§ 184/5)".
Oertmann, aaO, S. 598 f.

2) Reinhart, aaO, S. 90 ff.

3) Oertmann, ZBlFG 16, S. 598.

4) Reinhart, aaO, S. 92.

Oertmann versteht das formbedürftige Rechtsgeschäft als Tatbestand, der erst mit Formwahrung oder Formersatz erfüllt ist.

Nach Reinhart ist dagegen der Tatbestand des Rechtsgeschäftes bereits erfüllt, wenn der das "Rechtsgeschäft intendierende Wille formlos erklärt worden ist¹⁾".

Von der Form hängt die "Anerkennung durch die Rechtsordnung" ab, sie ist deshalb bloße Wirksamkeitsvoraussetzung²⁾.

Das Wesentliche an Reinharts Ansicht besteht in der Trennung von Rechtsgeschäft und Form.

Einerseits besteht das Rechtsgeschäft als äußerer tatbestandsmäßiger Geschäftsvorgang³⁾, gebildet von den Übereinstimmenden auf den Rechtserfolg gerichteten Erklärungen. Andererseits ist aber zur Wirksamkeit bzw. Rechtserheblichkeit dieses Geschäftsvorganges die Form erforderlich, die jedoch in dieser Funktion durch den Leistungsvollzug ersetzbar sei. Reinhart argumentiert dabei mit der Entstehungsgeschichte⁴⁾ der Heilungsbestimmung, denn der Gesetzgeber habe mit der Heilungsbestimmung die Ersetzbarkeit der Form angeordnet⁵⁾.

1) Reinhart, aaO, S. 92 f.

2) Reinhart, aaO.

3) Reinhart stützt sich hierbei auf Manigk, der den Geschäftsabschluß von seiner Wirksamkeitsvoraussetzung trennt, s. Manigk, HdwRWiss. VI (1929), S. 292 ff.

4) Reinhart, aaO, S. 90 ff, 156.

5) Reinhart, aaO, S. 91.

"Es wurden aber auch Vorschriften aufgenommen, in denen dem formlos erklärten Willen bei Hinzutreten der bestimmten Voraussetzungen die gleiche Wirkung zukommen sollte, wie dem in der Form erklärten Willen."

Im Falle heilbarer Nichtigkeit bedeutet die Form lediglich eine aus bestimmten Gründen eingeführte "Formalität", ein "Anhängsel"¹⁾.

Die ersetzbare Form sei deshalb Zweckform und nur Wirksamkeitsvoraussetzung der Vereinbarung der Parteien, die bereits tatbestandsmäßig das Schenkungsversprechen bilde. In der Funktion einer Wirksamkeitsvoraussetzung stelle der Gesetzgeber "wahlweise"²⁾ neben die Form die Erfüllung, womit er zum Ausdruck bringe, daß der Formzweck erledigt sei. Deshalb werde durch Zweckerreichung und den "Manifestationsakt" der Erfüllungshandlung die Wirksamkeitsvoraussetzung für die tatbestandsmäßig gegebene Vereinbarung der Parteien geschaffen³⁾.

Auch nach Reinhart wird das Schenkungsversprechen nachträglich wirksam. Zwar sei die tatbestandsmäßig bestehende und noch nicht wirksame Vereinbarung insoweit auch bereits formwidrig bindend⁴⁾, als sie mit dem Zweck der Formvorschrift in Übereinstimmung gebracht werden kann.

1) Reinhart, aaO.

2) Reinhart, aaO, S. 92.

3) Reinhart, aaO, S. 131: "Die Qualifizierung der Zweckerreichung als Wirksamkeitsvoraussetzung bedeutet, daß es für die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes zusätzlich zum (formlosen oder formfehlerhaften) Vertragsabschluß eines weiteren rechtsgeschäftlich relevanten Aktes bedarf, in dem sich die Zweckerreichung manifestiert."

4) Reinhart, aaO, S. 131 ff, 128, 155, 156.

Da aber der Zweck des § 518 Abs. I, Satz 1 darin bestehe, den Schenker zu schützen, werde er bis zur Bewirkung der Leistung nicht gebunden¹⁾ und das Schenkungsversprechen kann mit der die Form ersetzenden Heilungshandlung wirksam werden.

Nach Reinhart bedeutet § 518 Abs. II die Entscheidung des Gesetzgebers, daß die Form des § 518 Abs. I eine durch Erfüllung des Versprechens ersetzbare Zweckform ist, - ersetzbar, da auch der Leistungsvollzug den Schutzzweck des § 518 Abs. I erfüllt.

- d) Das formnichtig-heilbare Rechtsgeschäft im Sinne einer Naturalobligation.

Lorenz²⁾ sucht eine dogmatische Erklärung für die Heilungsbestimmung zu geben. Er bezeichnet das formnichtig-heilbare Rechtsgeschäft als Rechtsgrundabrede im Sinne einer Naturalobligation.

Nach herkömmlicher Meinung begründen Spiel und Wette zwar keine Verbindlichkeit, jedoch eine sogenannte "Ehrenschild". Dies bedeutet, daß die einmal erbrachte Leistung nicht mit der Begründung zurückgefordert werden kann, es habe keine Verbindlichkeit bestanden (§ 762 Abs. I, Satz 2).

1) Reinhart, aaO, S. 156.

2) Lorenz, AcP 156, S. 392; vgl. auch Häsemeyer, aaO, S. 96 bis 101.

Nach Lorenz besitzt § 518 Abs. II eine entsprechende Bedeutung¹⁾. Er ist der Ansicht, daß die nachträgliche Heilung des Formmangels die gesetzgeberische Entscheidung sei, daß die auf ein formnichtiges Schenkungsversprechen bewirkte Leistung nicht mit der Begründung zurückgefordert werden könne, daß der Schenker nicht zur Leistung verpflichtet gewesen sei.

§ 518 Abs. II bedeute also, daß auch ein formloses oder formwidriges Schenkungsversprechen zumindest eine moralische Verpflichtung oder eine natürliche Verbindlichkeit begründe. Entsprechend § 762 Abs. I, Satz 2 sei deshalb die hierauf erfolgende Leistung nicht revidierbar.

Diese Ansicht ist abzulehnen, wenn man das Wesen aller Heilungsbestimmungen gemeinsam erfassen will²⁾.

Im Falle des zweiseitig verpflichtenden formnichtig-heilbaren Rechtsgeschäftes (§ 313, Satz 2) erstreckt die Heilung sich weiter als auf die bloße Schaffung eines Rechtsgrundes. Auflassung und Eintragung und ebenso die Abtretung eines Geschäftsanteils gem. § 15 Abs. IV, Satz 2 GmbH-Gesetz heilen den ganzen zugrundeliegenden Vertrag mit allen Nebenabreden. Der Empfänger der Leistung muß seinerseits leisten und den Veräußerer treffen neben der Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, noch weitere Pflichten.

Da diese Wirkung der Heilung über die Schaffung eines bloßen Behaltensgrundes im Sinne einer natürlichen Verbindlichkeit hinaus geht, kann Heilbarkeit nicht bedeuten, daß der formnichtig aber heilbare Schuldvertrag eine Naturalobligation sei.

1) Lorenz, aaO.

2) Siber, Iher Jahrb 70, S. 237 f; Häsemeyer, aaO, S. 100.

Bei singulärer Betrachtung¹⁾ der Heilungsbestimmungen, hier des § 518 Abs. II, greift dieses Argument nicht durch. Dennoch lehnt ein Teil der Lehre die Ansicht Lorenz' auch hier ab, da bei einer natürlichen Verbindlichkeit der Rechtsgrund gerade eine moralische Verbindlichkeit sei und die Formnichtigkeit nach § 125 auch das Entstehen einer solchen Verbindlichkeit ausschließe²⁾.

e) Die Theorie von der teilweisen Formnichtigkeit.

Häsemeyer³⁾ trennt den Schuldvertrag, den das Schenkungsversprechen darstellt, in Rechtsgrundabrede und Verpflichtungsgeschäft.

Diese Trennbarkeit ergibt sich für Häsemeyer bei jedem Schuldvertrag, "weil jedes Schuldverhältnis, also auch jedes vertragliche Schuldverhältnis, zugleich Rechtsgrundverhältnis"⁴⁾ sei und "weil eine Pflicht zur Leistung nur in Verbindung mit dem Recht, das Geleistete behalten zu dürfen, sinnvoll ist"⁵⁾.

Das BGB verdeutliche diese "Ambivalenz des Schuldvertrages" dadurch, daß gem. § 362 Abs. I mit dem Bewirken der geschuldeten Leistung das Schuldverhältnis erlischt und die vertragliche Beziehung nur mehr als Rechtsgrund der Leistung bestehen bleibt (§ 812).

1) So vor allem Flume, aaO, § 15, S. 369.

2) Häsemeyer, aaO, S. 241.

3) Häsemeyer, aaO, S. 241.

4) Häsemeyer, aaO, S. 242.

5) Häsemeyer, aaO, S. 242-244.

Mit der Trennbarkeit des Schuldvertrages in Rechtsgrundabrede und Verpflichtungsgeschäft sucht Häsemeyer nun die Heilung der Formnichtigkeit zu erklären.

Er ist der Ansicht, der Formzweck des § 518 Abs. I, Satz 1 sei von vorneherein nur auf das Verpflichtungsgeschäft ausgerichtet und lasse die Rechtsgrundabrede unberührt¹⁾. Diese sei derart verselbständigungsfähig, daß sie von der Formnichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes nicht erfaßt werde²⁾. Dies gerade folge aus dem Wesen der Heilungsbestimmung.

Auch nach Häsemeyer erfassen grundsätzlich alle "Unwirksamkeitsgründe" neben der Leistungspflicht auch die Rechtsgrundabrede. Das formnichtig-heilbare Rechtsgeschäft stelle aber einen Ausnahmefall dar:³⁾

"Doch wenn ausnahmsweise der Unwirksamkeitsgrund entsprechend eingeschränkt ist, kann die Rechtsgrundabrede als selbständiges Element des Schuldvertrages bestehen bleiben."

Die Einschränkung der Unwirksamkeitsgrundes ergibt sich für Häsemeyer aus den Bestimmungen des § 518 Abs. I, Satz 1 und § 518 Abs. II. Gerade hiermit verdeutliche der Gesetzgeber, daß der Schenker im Hinblick auf die spätere Erfüllung nicht schutzbedürftig sei; der Formzweck stehe deshalb der Verselbständigungsfähigkeit der Rechtsgrundabrede nicht entgegen.

1) Häsemeyer, aaO, S. 243.

2) Häsemeyer, aaO, S. 242.

3) Häsemeyer, aaO, S. 243.

Die Heilungsbestimmung bedeute somit die Entscheidung, daß der Schenker Rechtsgrundabreden formlos treffen dürfe¹⁾.

Häsemeyer unterteilt ein formwidrig abgeschlossenes Schenkungsversprechen in die gültige Vereinbarung einer Rechtsgrundabrede im Sinne des § 516 Abs. I (Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung) und das formnichtige Verpflichtungsgeschäft. Bewirkung der Leistung im Sinne des § 518 Abs. II bedeute dann die Vornahme einer "Handschenkung mit vorweggenommener Rechtsgrundabrede"²⁾.

Nach Häsemeyer bedeutet § 518 Abs. II, daß im Falle eines formwidrigen Schenkungsversprechens die Rechtsgrundabrede (Einigung über die Unentgeltlichkeit) von der Vereinbarung der Leistungspflicht unabhängig ist und von der Formnichtigkeit nicht ergriffen wird, sondern mit der nachfolgenden Leistung eine Handschenkung bilden kann.

3. Das bereicherungsrechtliche Element

Während nach § 141 die Bestätigung eines nichtigen Geschäftsabschlusses nur voraussetzt, daß die Parteien gerade das ursprünglich beabsichtigte Geschäft seinen gesetzlichen Voraussetzungen entsprechend erneut abschließen, heißt im Falle der Schenkung ein abstraktes Vollzugsgeschäft den Formmangel seines Grundgeschäftes.

1) Häsemeyer, aaO, S. 105.

2) Häsemeyer, aaO, S. 250 f.

Wie schon mehrmals erwähnt¹⁾, berücksichtigt der Gesetzgeber in verschiedenen Bestimmungen des Schenkungsrechtes die besondere, gewöhnlich der altruistischen Natur der Schenkung zugeschriebene Interessenlage der Vertragsparteien.

Man könnte hieraus schließen, auch mit der nachträglichen Heilung der Formnichtigkeit beachte das Gesetz nur dieses Prinzip und verzichte ausnahmsweise auf die formgerechte Neuvernahme des Grundgeschäftes oder seine nachträgliche notarielle Beurkundung.

Um das Wesen der Heilungsbestimmung und somit die Bedeutung des § 518 Abs. II deuten zu können, sind zunächst die Motive des Gesetzgebers zu § 518 Abs. II zu erläutern. Ausgangspunkt ist deshalb die Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

Nach § 440 des Entwurfes I war zur Wirksamkeit des Schenkungsversprechens gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich. Getrennt von § 440 behandelte § 441 die Schenkung, die ohne Wahrung einer Form wirksam war, wenn sie zugleich "durch Veräußerung" vollzogen wurde²⁾.

Der Entwurf I enthielt demnach keine Bestimmung, wonach mit der Leistungsbewirkung der Formmangel des Schenkungsversprechens nachträglich geheilt wird.

Nach § 440 war zur Wirksamkeit des Schenkungsversprechens die notarielle oder gerichtliche Beurkundung erforderlich, und § 441 bestimmte, daß die sofort vollzogene Schenkung (Handschenkung) formlos wirksam sei:

1) Siehe vor allem Seite 10 ff.

2) Motive II, S. 295.

"Die beiden Vorschriften der §§ 441 und 440 stehen selbständig nebeneinander. Ihr gegenseitiges Verhältnis ist nicht das, daß aus einem formlosen (akzeptierten) Schenkungsversprechen eine, nur nicht klagbare Obligation, jedoch mit Ausschluß der Kondiktion des zur Erfüllung Geleisteten (Naturalobligation) entstehe, oder daß die aus der Formwidrigkeit des Schenkungsversprechens sich ergebende Ungültigkeit durch die Vollziehung geheilt würde. Das formlose oder formwidrige Schenkungsversprechen ist vielmehr nichtig und konvalesziert auch nicht nachträglich durch die Vollziehung¹⁾."

Die Konsequenz dieser Ansicht wäre eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Veräußerungsgeschäftes, wenn der Schenker auf ein formnichtiges Schenkungsversprechen hin leistete, aber der Meinung war, daß es wirksam sei und so seine Leistung solvendi causa erbrachte:

"Hat der Schenker im Irrtum, zur Erfüllung des formwidrigen, also nichtigen Vertrages rechtlich verpflichtet zu sein, (solvendi causa) geleistet, so liegt nicht eine vollzogene Schenkung im Sinne des § 441, sondern nur Erfüllung einer irrtümlich als bestehend vorausgesetzten Verbindlichkeit vor, so daß die Grundsätze über Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld zur Anwendung gelangen²⁾."

1) Motive II, S. 295.

2) Motive II, S. 295.

Die Kondiktion schied nur dann aus, wenn der Schenker die Nichtigkeit des Schenkungsversprechens kannte und doch in Vollziehung der Leistung schenkte (Leistung donandi causa), denn dann lag ja eine nach § 441 des Entwurfes I formlos wirksame Handschenkung vor:

"Anders gestaltet sich aber die Beurteilung, wenn der Schenker unter Absehen von dem ungültigen Schenkungsversprechen bzw. in Kenntnis von der Nichtigkeit des letzteren dasjenige, was er zu leisten schenkweise versprochen hat, animo donandi leistet. Dann liegt eine selbständige Vermögenszuwendung, eine neue, und zwar vollzogene Schenkung vor, welche gem. § 441 gültig ist, wenn auch das nichtige Versprechen für sie vielleicht das Motiv abgeben würde und abgegeben hatte¹⁾."

Letzten Endes hätte man also immer sorgfältig prüfen müssen, welchen Willen der Schenker hatte und ob er die Formnichtigkeit eines eventuell vorausgegangenen Schenkungsversprechens gekannt hatte. Die Tauglichkeit dieser in den §§ 440 und 441 enthaltenen Regelungen wurde von der 2. Kommission in Frage gestellt:²⁾

"Wollte man unterscheiden, ob die Leistung des Schenkers im Irrtum über die Nichtigkeit des Schenkungsversprechens oder unter Absehen vom Versprechen bzw. in Kenntnis seiner Nichtigkeit erfolgt sei, so würden Feinheiten in das Gesetz hineingetragen, die der Verkehr nicht verstehen werde und durch welche die Handhabung des Gesetzes unnötigerweise erschwert werden würde.....

1) Motive II, S. 296.

2) Protokolle II, S. 11

Die Praktikabilität des Rechts verlange hier, wo es sich um die Bedeutung und Wirkung einer Formvorschrift handele, eine Vereinfachung." Außerdem, so argumentiert man, seien

"ähnliche Erwägungen, wie sie die Kommission zu § 351 Abs. II bestimmt haben, auch hier zutreffend." Diese Erwägungen lauten:¹⁾

"Indessen sei es mit den Interessen der Rechtssicherheit unvereinbar...., dem Verkäufer während der ganzen Verjährungsfrist den Kondiktionsanspruch und damit das Recht zuzugestehen, auf Kosten des Erwerbers zu spekulieren."

Der Gesetzgeber ließ dann aus Gründen der Rechtssicherheit²⁾, Rechtsklarheit und dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes³⁾ ganz generell eine nachträgliche Heilung des Formfehlers zu, so daß sich im Falle der Erfüllung eines formnichtigen Schenkungsversprechens die Prüfung erübrigt, ob der Schenker nun zur Erfüllung des formnichtigen Versprechens (solvendi causa) oder zum Zweck der Schenkung (donandi causa) leistet, also die Nichtigkeit der Verpflichtung kennt oder nicht.

1) Protokolle I, S. 463, zu § 351 Abs. II des Entwurfes I, 351 Abs. II EI = 313 S. 2, BGB; Der Einwand, es sei zu "widerraten, den der singulären Bestimmung des § 351 Abs. II zugrundeliegenden Rechtsgedanken, welcher in der Eigenart des Grundbuchrechtes seine Rechtfertigung findet, hierher zu übertragen," blieb unbeachtet, vgl. Protokolle II, S. 12.

2) Häsemeyer, aaO, S. 245.

3) Heldrich, AcP 14, S. 102; Reinhart, aaO, S. 60 vergleicht das Wesen der Heilungsbestimmung mit dem des Abstraktionsprinzips. Beide dienten nach seiner Ansicht dem gleichen Zweck, "eingetretene Vermögensverschiebungen im Interesse des Rechtsverkehrs nach Möglichkeit als endgültig zu belassen."

Die auf ein formnichtiges Versprechen erfolgende Leistung soll jedenfalls nicht nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen kondizierbar sein.

Man kann der Entstehungsgeschichte des § 518 Abs. II deshalb entnehmen, daß § 518 Abs. II eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Leistungsgeschäftes wegen Formnichtigkeit der Schenkung ausschließen soll.

§ 518 Abs. II ist demnach eine bereicherungsrechtlich relevante Bestimmung¹⁾.

Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich die Ansichten von Lorenz²⁾ und Häsemeyer³⁾ in dogmatischer Hinsicht wohl am ehesten mit den Erwägungen des Gesetzgebers zur Heilungsbestimmung in Einklang bringen, während die Vertreter der Zweckerreichungstheorie⁴⁾, sowie Oertmann⁵⁾ und Reinhart⁶⁾ ihre Ansichten vor allem auf rechtspolitische Erwägungen stützen und mit den Formzwecken argumentieren: nach der Zweckerreichungstheorie und Ansicht der herrschenden Lehre ist § 518 Abs. II die Entscheidung des Gesetzgebers, daß der Formzweck des § 518 Abs. I auch mit der Erfüllung des formwidrigen Versprechens erreicht ist.

1) Im Hinblick auf den Schutzzweck der Form argumentierte der Gesetzgeber damit, daß der Schenker bei Bewirkung der Leistung nicht mehr schutzwürdig sei, weil bei Leistungsvollzug "die Aussicht auf ein wohl überlegtes, alle Verhältnisse berücksichtigendes Handeln gewährleistet ist", Motive II, S. 191 (zu § 351 Abs. II des Entwurfes I = § 313 Satz 2 BGB).

2) Vgl. oben, S. 68.

3) Vgl. oben, S. 70 ff.

4) Vgl. oben, S. 60 ff.

5) Vgl. oben, S. 64 ff.

6) Vgl. oben, S. 65 ff.

Für Oertmann¹⁾ bedeutet § 518 Abs. II, daß die Erfüllung ein die Form ersetzender Tatbestandsteil des Schenkungsversprechens ist und nach Reinhart²⁾ ist die Heilungshandlung eine Alternative zur Form.

Demgegenüber sehen Lorenz und Häsemeyer die Bedeutung des § 518 Abs. II letzten Endes darin, daß damit eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Erfüllungsgeschäftes verhindert werden soll: Für Lorenz³⁾ wird von der Formnichtigkeit die moralische Verpflichtung, bzw. die natürliche Verbindlichkeit nicht berührt und nach Häsemeyer⁴⁾ ergreift die Formnichtigkeit lediglich das Verpflichtungsgeschäft, nicht aber die Rechtsgrundabrede, die er als selbständiges Element des Schuldvertrages bezeichnet. Sicherlich argumentieren auch Lorenz und Häsemeyer mit dem Formzweck. Denn beide begründen ihre Ansicht⁵⁾, daß die Formnichtigkeit die natürliche Verbindlichkeit, bzw. die Rechtsgrundabrede nicht berühre, mit dem Zweck der Form des § 518 Abs. I Hauptzweck sei lediglich, den Schenker so lange zu schützen, als er sich nur zur Leistung verpflichte. Manifestiere der Schenker dagegen seinen Schenkungswillen nach außen hin durch die Erfüllungshandlung, sei er nicht mehr schutzbedürftig.

1) Oertmann, ZBlFG 16, S. 598.

2) Reinhart, aaO, S. 92.

3) Lorenz, AcP 156, S. 392.

4) Häsemeyer, aaO, S. 242.

5) Lorenz, aaO; Häsemeyer, aaO, S. 105.

Also betreffe die Form ausschließlich das Verpflichtungsgeschäft und dementsprechend werde von der Formnichtigkeit auch nur dieses berührt. Dennoch stimmen die Ansichten von Lorenz und Häsemeyer von allen Theorien am besten mit der Entstehungsgeschichte überein.

§ 518 Abs. II wurde nur geschaffen, um auszuschließen, daß bei jeder Schenkung, der ein unwirksames, weil formnichtiges Schenkungsversprechen vorausgeht, erst genauestens geprüft werden muß, ob der Schenker die Unwirksamkeit kennt und die Leistung donandi causa erbringt oder sie zur Erfüllung der nur vermeintlich gegebenen Verpflichtung erbringt. Nur im ersteren Falle wäre eine Kondiktion nach §§ 812 ff ausgeschlossen.

§ 518 Abs. II bildet zumindest die gesetzliche Ausnahme von dem Grundsatz, daß der zur Erfüllung einer Verpflichtung bewirkten Leistung ein Schuldvertrag zugrunde liegen muß, der eine Leistungspflicht enthält.

Vom Zweck des § 518 Abs. I, Satz 1 her betrachtet, genügt es tatsächlich, wenn die Formnichtigkeit nur die von den Parteien beabsichtigte Geltung des Rechtsgeschäftes verhindert, nämlich die eine Partei zu einer Leistung zu verpflichten und der anderen einen Anspruch zuzuwenden. Die zur Einigung über die Unentgeltlichkeit erforderlichen Willenserklärungen lösen dagegen keine verpflichtende Wirkung aus. Es handelt sich hierbei um den Abschluß eines Vertrages, der keine Leistungspflicht enthält.

Nach Häsemeyer handelte es sich dabei um eine Rechtsgrundabrede.¹⁾

Häsemeyer ist darin zu folgen, daß bei der Zweckform die Wirkung der Formnichtigkeit immer in Verbindung mit dem Formzweck zu sehen ist. Wenn es diesem genügt, daß bei Formwidrigkeit des Rechtsgeschäfts keine Leistungspflicht entsteht, können die übrigen Bestandteile des Rechtsgeschäftes wirksam bleiben.

Die Einigung über die Unentgeltlichkeit löst keine verpflichtende Wirkung aus. Sie ist ein Vertrag ohne Leistungspflicht, der als kausale Schenkungsvereinbarung der später erfolgenden Leistung den rechtlichen Grund vermitteln kann.

§ 518 Abs. II bedeutet somit die Entscheidung des Gesetzgebers, daß aus Gründen der Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und nach dem Grundsatz des Vertrauensschutzes auf die Überprüfung verzichtet wird, ob der Schenker zur Erfüllung eines nur vermeintlich wirksamen Schenkungsversprechens oder zum Zwecke einer Realschenkung leistet, wenn er ein formwidriges und nach § 125 BGB nichtiges Schenkungsversprechen erfüllt. Dogmatisch ist § 518 Abs. II dahin zu deuten, daß die Formnichtigkeit nur das Verpflichtungsgeschäft betrifft, während die Einigung über die Unentgeltlichkeit als Rechtsgrundabrede bzw. Schuldvertrag ohne Leistungspflicht wirksam ist und so den Rechtsgrund für die nachträglich erfolgende Leistung bildet.

1) Häsemeyer, aaO, S. 250 f.

IV. Zusammenfassung: Die rechtliche Bedeutung des
§ 518.

§ 518 Abs. I ist die Formvorschrift des Schenkungsrechts. Sie bestimmt, daß ein schenkweise gegebenes Leistungsversprechen nur nach notarieller Beurkundung des Versprechens wirksam ist, auch wenn es sich um ein abstraktes Leistungsversprechen i.S. der §§ 780, 781 handelt. Sinn und rechtliche Bedeutung der Vorschrift bestehen darin, den Schenker vor Übereilung zu schützen, sowie in der Warnung vor der Bedeutung des Rechtsgeschäftes und vor allem in der Beratung und Mitwirkung einer unparteiischen und fachkundigen Person am Geschäftsabschluß, § 518 Abs. I iVm §§ 17 ff BeurkG.

§ 518 definiert nicht den Begriff des Schenkungsversprechens. Vielmehr ist allein nach der Legaldefinition des § 516 zu bestimmen, ob ein einseitig verpflichtender Schuldvertrag als Schenkung und somit als Schenkungsversprechen rechtlich einzuordnen ist. § 518 entscheidet dann über die Wirksamkeit des nach § 516 einzustufenden und unabhängig von der Form begrifflich bereits gebildeten Schenkungsvertrages.

Nach § 518 Abs. II ist eine Heilung des Formmangels möglich. Sinn und rechtliche Bedeutung der Vorschrift liegen darin, aus Gründen der Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und der Vereinfachung eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der Schenkung zu verhindern, wobei nicht berücksichtigt wird, ob der Schenker weiß, daß er zu einer Leistung überhaupt nicht verpflichtet ist, oder ob er hierüber irrt.

In dogmatischer Hinsicht bedeutet § 518 Abs. II eine Ausnahme vom Grundsatz, der zur Erfüllung einer Verpflichtung bewirkten Leistung müsse ein Schuldvertrag zugrunde liegen, der eine Leistungspflicht enthält.

Wie dargelegt wurde, haben sich Rechtsprechung und Lehre sehr eingehend mit der Problematik des § 518 befaßt, die in der begrifflichen Einordnung des Schenkungsversprechens, seiner Abgrenzung von der Heilung des Formmangels liegt. Es ist also Heck recht zu geben, wenn er sich zu dem Schenkungsversprechen wie folgt äußert:¹⁾

"Diejenige Vorschrift, die am meisten eingreift und am häufigsten zu Zweifeln und Rechtsstreitigkeiten Anlaß gibt, ist die Formvorschrift, die § 518 für das Schenkungsversprechen gibt."

1) Heck, aaO, § 92, S. 289 ff, 290.

3. Kapitel

Die Entwicklung des Schenkungsversprechens in der Praxis

I. Überblick über das vorhandene Material.

Schenkungsverträge der Praxis, in denen Schenkungsversprechen enthalten sind, lassen sich in den Entscheidungssammlungen des Reichsgerichts¹⁾, des Bundesgerichtshofes²⁾, des Bundesarbeitsgerichts³⁾, des

-
- 1) RGZ 71, 289 ff - Urt.v.16.6.1909 - RepI 189/09;
RGZ 76, 59 ff - Urt.v.4.3.1911 - VI 318/ ;
RGZ 82, 149 ff - Urt.v.1.7.16 - V 135/16; RGZ 98, 124 ff - Urt.v.2.2.1920 - V 343/19; RGZ 98, 279 ff
- Urt.v.29.3.1920 - IV 374/19; RGZ 101, 99 ff
- Urt.v.15.12.1920 - V 320/20; RGZ 125, 380 ff
- Urt.v.30.9.1929 - IV 800/28; RGZ 126, 167 ff
- Urt.v.6.11.1929 - V 391/28; RGZ 148, 236 ff
- Urt.v.27.6.1935 - IV 28/35; RGZ 161, 6 ff - Urt.v.
15.6.39 - VIII 18/39.
 - 2) BGHZ 7, 175 ff - Urt.v.24.9.52 - II ZR 136/51 =
NJW 53, 238 f = JZ 53, 225 f = BB 52, 901.
BGHZ 7, 378 ff - Urt.v.29.10.52 - II ZR 16/52 =
NJW 53, 138 f = JZ 53, 225 f = BB 52, 901.
BGHZ 64, 340 ff - Urt.v.6.3.75 - II ZR 150/74 =
NJW 75, 1881 f = MDR 75, 911 = BB 75, 1039.
KG Urt.v.18.9.69 - 12 U 157/69 = NJW 70, 332 ff;
BGH Urt.v.6.3.67 - II ZR 180/65 = WM 67, 684 ff;
BGH Urt.v.16.10.74 - IV ZR 85/73 Warn 74 II,
Nr. 222.
 - 3) BAG 7, 35 - Urt.v.23.4.59 - 2 AZR 118/56 = NJW 59,
1511 ff.
BAG 8, 38 - Urt.v.19.6.59 - 1 AZR 417/57 = NJW 59,
1746.

Bayer. Obersten Landesgerichts¹⁾, der Oberlandesgerichte²⁾ und Warneyers³⁾, sowie in den einschlägigen Fachzeitschriften ermitteln.⁴⁾

Mit einzelnen Ausnahmen handelt es sich dabei allerdings um formwidrige⁵⁾ und deshalb nichtige Schenkungsversprechen.

Wieder andere Entscheidungen behandeln zwar die Bestimmung des § 518, schließen aber die Existenz eines Schenkungsversprechens aus, weil es entweder an der Unentgeltlichkeit der Zuwendung fehlt⁶⁾ oder die Schenkung bereits vollzogen ist.⁷⁾

-
- 1) BayObLGZ 54, 39 f - Beschl.v.16.2.54 (2.ZS) - UmstBeschwReg 1/1954; BayObLGZ 55, 163 ff - Beschl.v.19.7.55 (1.ZS) - 1 Z 93/1955.
 - 2) OLGZ 74, 158, OLG Hamm - Beschl.v.22.1.74 - 15 W 36/73 = DNotZ 74, 455 f.
 - 3) BGH Warn 74 II, Nr. 222, BGH Urt.v.16.10.74.
 - 4) BGH NJW 53, 138 = BGHZ 7, 175 ff; BGH NJW 53, 138 = BGHZ 7, 378 ff; KG NJW 75, 1881 = BGHZ 64, 340 ff; BAG NJW 59, 1511 = BAG 7, 353; BAG NJW 59, 1746 = BAG 8, 38; OLG Hamm DNotZ 74, 455 = OLGZ 74, 158; BGH DNotZ 76, 596 = BGHZ 64, 340 ff; BGH WM 67, 684.
 - 5) RGZ 71, 289; 76, 59 ff; 88, 366 ff; 98, 124 ff; 125, 380 f; 126, 167 ff; 148, 236 ff. BGHZ 64, 340; BAG 7, 35 ff; 8, 38 ff.
 - 6) RGZ 62, 274; 63, 323; 111, 286; 141, 359; diesen Entscheidungen liegt ein Ausstattungsversprechen i.S.d. § 1624 zugrunde, RGZ 59, 425; 62, 390; 74, 140; 122, 362; 120, 255, BGHZ 5, 303 (Unterhaltsversprechen des Vaters gegenüber der Kindsmutter, Unterhaltsrente zu bezahlen); BGHZ 40, 137 (Unterhaltsabkommen innerhalb einer Scheidungsvereinbarung) BGHZ 41, 223 (arbeitsrechtliche Zusage).
 - 7) RGZ 53, 294; 70, 20; hierbei handelt es sich um Fälle einer Heilung i.S.d. § 518 Abs. II; RGZ 64, 244; 88, 130; 106, 2; 128, 189; hierbei handelt es sich um Verträge zugunsten Dritter (§§ 331, 2301), ebenso in den Fällen: BGHZ 21, 150 (Übertragung eines Bankkontos); 41, 95 (Übertragung von Wertpapieren); 46, 198 (Übertragung eines Sparbuches).

An den Amtsgerichten Nürnberg und München, sowie in bayerischen Notariaten sind dagegen ausschließlich wirksame Schenkungsversprechen zu finden¹⁾. Mit ihnen befassen sich die folgenden Ausführungen.

Als Ergebnis der Untersuchung kann festgehalten werden, daß die Schenkungsversprechen der Praxis fast ausnahmslos Grundstücksüberlassungen²⁾ und gesellschaftsrechtliche Beteiligungen³⁾ zum Gegenstand haben, während in keinem Fall die Leistung von beweglichen Sachen versprochen wurde. Anhand dieser Verträge soll die Entwicklung des Schenkungsrechts in der Praxis dargelegt werden.

Nach den Erfahrungen des Lebens darf man als selbstverständlich annehmen, daß die Schenkungen der täglichen Praxis viel häufiger sind, als die bedeutenderen Schenkungen, die bei dem Notar oder an den Gerichten in Erscheinung treten. Auch handelt es sich bei den Schenkungen des täglichen Lebens überwiegend um sofort vollzogene, also Handschenkungen, während das Schenkungsversprechen nur selten auftritt. Dies mag folgende Gegenüberstellung der bei den Amtsgerichten aktenkundigen Schenkungen verdeutlichen:

-
- 1) Amtsgericht Nürnberg: VIII 150/68; 225/73; 268/73; 304/73; 549/73; 72/74; 876/74; 3/75; Amtsgericht München: VIII 45/73; 183/73; 279/73; 399/73; 1015/73; 110/74; 839/74; 1015/74.
 - 2) RGZ 82, 149 ff; 101, 99 ff; BGH Warn 74 II Nr. 222; BayObLGZ 55, 167; OLG 16, 412; Amtsgericht Nürnberg: VIII 225/73; 268/73; 549/73; Amtsgericht München: VIII 399/73; 110/74; 839/74.
 - 3) BGHZ 7, 178 ff; 7, 378 ff; BGH WM 67, 684 ff; BGH DNotZ 74, 455 ff; OLG 74, 158 ff; Amtsgericht Nürnberg: VIII 150/68; 304/73; 72/74; AG München: VIII 45/73; 183/73; 279/73; 1015/74.

Vollzogene Schenkungen:

Amtsgericht Nürnberg:

1965: VIII 628/65; 191/65; 933/65;

1968: VIII 331/68; 624/68;

1973: VIII 1/73; 110/73; 115/73; 130/73; 182/73;
291/73; 444/73; 529/73; 640/73; 710/73;
943/73;

1974: VIII 37/74; 105/74; 142/74; 864/74; 739/74;

1975: VIII 3/75; 64/75.

Amtsgericht München:

1973: VIII 76/73; 103/73; 120/73; 132/73; 181/73;
356/73; 399/73; 420/73; 437/73; 443/73;
464/73; 497/73; 555/73;

1974: VIII 616/74; 681/74; 775/74; 887/74; 1083/74;
1089/74; 1110/74; 1177/74; 1284/74;
1304/74; 1473/74; 1495/74.

Schenkungsversprechen:

Amtsgericht Nürnberg:

1965: --

1968: VIII 150/68

1973: VIII 225/73; 268/73; 304/73; 549/73;

1974: VIII 72/74; 876/74;

1975: VIII 3/75.

Amtsgericht München:

1973: VIII 45/73; 183/73; 279/73; 399/73;

1974: VIII 110/74; 839/74; 1015/74.

Selbstverständlich konnten nicht alle Schenkungsversprechen erfaßt werden, die in den letzten Jahren oder auch nur in einem Jahr täglich abgegeben werden, doch erstreckt sich die Überprüfung auf einen relativ großen Zeitraum und berücksichtigt auch eventuelle Abweichungen in ländlichen und städtischen Gebieten.

II. Die Schenkungsversprechen der Praxis:

Grundstücksüberlassungen und Beteiligungen

1. Problemstellung

Bei der schenkweisen Zuwendung von Grundstücken und gesellschaftsrechtlichen Positionen ist unklar und umstritten, ob § 518 überhaupt zur Anwendung kommen kann und von welchem Zeitpunkt an die Schenkung vollzogen ist.

Zunächst ist deshalb darzulegen, wann § 518 auf diesen Rechtsgebieten anzuwenden ist. Anschließend sind die Schenkungsverträge der Praxis nach ihrem Inhalt darzustellen.

2. § 518 bei Grundstücksschenkungen

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes¹⁾ und eines Teiles der Lehre²⁾ kann ein Schenkungsversprechen nur gegeben sein, solange das Grundstück nicht aufgegeben ist.

1) BGH Urt.v.21.6.72 - IV ZR 69/71 KG in NJW 73, S. 40; OLG Düss. Urt.v.16.10.74 - IV ZR 85/73 in NJW 74, 2319 = Warn 74 II Nr. 222, 631 ff.

2) Staudinger-Reuss, § 518 Rz 16; Erman-Seiler, § 518 Rz 7; Palandt-Bassenge, § 925 Anm. 6 d; BGB-RGRK-Mezger, § 518 Rz 4.

Für den Schenkungsvollzug soll bereits die Auflassung genügen, während die Eintragung im Grundbuch nicht erforderlich ist.

So führt der BGH in seiner Entscheidung vom 21.6.1972¹⁾ aus:

"In dem als "Grundstücksveräußerungsvertrag" bezeichneten notariellen Vertrag vom 17.6.65 sind die Grundstücke dem Beklagten aufgelassen worden. Bereits damit und nicht erst mit der Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch ist die Schenkung vollzogen (BGB RGRK, 11. Aufl., § 518 Anm. 4; Staudinger-Ostler, Komm. zum BGB, 11. Aufl., § 518 RdNr. 7)."

Zur Begründung dieser Ansicht beruft sich der BGH auf die Lehre. Diese argumentiert damit, daß die Parteien mit der notariellen Beurkundung der zur Übertragung des Grundstückseigentums erforderlichen Einigung an das Rechtsgeschäft gebunden sind und hiermit der Schenker die Übereignung nicht mehr einseitig widerrufen kann (§§ 873 Abs. II, 925).

Das OLG Düsseldorf begründet seine Entscheidung vom 16.10.1974 damit, daß zur Leistung des verschenkten Gegenstandes eine Vollziehungshandlung genüge, welche die Rechtsübertragung unmittelbar zum Gegenstand habe:²⁾

1) BGH, aaO, S. 40.

2) OLG Düsseldorf, NJW 74, S. 2319 = Warn 74 II Nr. 222, S. 631 ff.

"Sie muß diese in einer solchen Weise herbeiführen, daß der Rechtsübergang dann von selbst ohne Hinzutun einer der an dem Rechtsgeschäft beteiligten Personen eintreten kann."

Sei ein Grundstück verschenkt worden, so gehöre hierzu mindestens die Einigungserklärung (Auflassungserklärung) des Zuwendenden¹⁾.

Der Bundesfinanzhof²⁾ stellt dagegen für die Entstehung der Steuerschuld bei einer Grundstücksübertragung darauf ab, ob das Grundstück dem Beschenkten sowohl aufgelassen als auch übergeben ist. Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung im Sinne von § 14 Abs. I, Nr. 2 Erbschaftssteuergesetz ist nicht erst der bürgerlich rechtliche Eigentumswechsel, also nicht der Tag der Eintragung ins Grundbuch, sondern schon der Tag der Übergabe des Grundstücks zum Eigenbesitz, wenn die Auflassung vorangegangen ist, oder der Tag der Auflassung, wenn er dem Tag der Besitzübergabe folgt.

Der Bundesfinanzhof gibt mit dieser Entscheidung zu erkennen, daß er als Zeitpunkt des Vollzuges den Erwerb des sogenannten "wirtschaftlichen" Eigentums an dem Grundstück ansieht³⁾.

1) OLG Düsseldorf, aaO.

2) BFH, VV 74, S. 309; Niedersächsisches Finanzministerium, Erlaß vom 11.2.74, S. 303 ff., -11-34. Der BFH revidiert hier sein Urteil vom 14. August 1953 - III 78/51 U/ BStBl III, S. 331 und entscheidet, daß bei Übergabeverträgen, deren Wirksamkeit von der Genehmigung des Landwirtschaftsgerichts abhängt, der Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld nicht mehr wie früher der Zeitpunkt der Genehmigung sei.

3) BFH, BB 74, 309.

Hängt die Übereignung des Grundstückes noch von einer behördlichen Genehmigung¹⁾ ab, so wirkt diese Genehmigung bürgerlich-rechtlich auf den Tag des Vertragsabschlusses zurück²⁾.

Bis zur rechtskräftigen Erteilung der Genehmigung sind entweder der schuldrechtliche Vertrag und die Auflassung oder nur eines von beiden schwebend unwirksam.

Der Bundesgerichtshof und der überwiegende Teil der Lehre sind also der Ansicht, daß eine Grundstücksschenkung schon mit der Auflassung vollzogen ist. Der Bundesfinanzhof fordert hierfür noch die Besitzübergabe. Übereinstimmung besteht jedoch darin, daß für den Schenkungsvollzug die Eintragung des Eigentumsübergangs ins Grundbuch nicht erforderlich ist.

Demnach wird nach Ansicht des Bundesgerichtshofes auch allein mit der Auflassung, zu welcher nach Meinung des Bundesfinanzhofes noch die Übergabe des Grundstücks kommen muß, der Formmangel einer nicht notariell beurkundeten schenkweise eingegangenen Verpflichtung zur Grundstücksübertragung geheilt.

-
- 1) In Betracht kommen beispielsweise die vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen nach § 1821, die Genehmigung der Veräußerung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke, § 2GrStVG, die Genehmigungspflicht für den Bodenverkehr, § 19 BBauG.
 - 2) Dasselbe gilt im Todesfall auch für die Erbschaftsteuer. Es kommt deshalb auch hier auf den Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung nicht an, vgl. Mitt BayNot 74, 116.

Es fragt sich, wie diese Ansicht mit § 313 Satz 2 zu vereinbaren ist. In dieser Bestimmung fordert das Gesetz zur Heilung des Formmangels neben der Auflassung noch die Eintragung ins Grundbuch. Grundsätzlich bedarf jeder Vertrag, durch den sich ein Vertragsteil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, nach § 313 Satz 1 zu seiner Wirksamkeit der Form notarieller Beurkundung. Da das Formgebot des § 313 Satz 1 allein auf den Tatbestand einer Verpflichtung zur Grundstücksübertragung abstellt und nicht zwischen der entgeltlichen oder unentgeltlichen Natur dieses Rechtsgeschäfts differenziert, ist zur Wirksamkeit eines Vertrages, durch den die Leistung eines Grundstückes schenkweise versprochen wird, bereits gemäß § 313 Satz 1 die notarielle Beurkundung erforderlich.

Nach herrschender Meinung¹⁾ findet aber im Falle der schenkweise eingegangenen Verpflichtung § 518 Abs. I als Spezialregelung auf das Versprechen Anwendung. Mit der Beurkundung des Versprechens ist die Wirksamkeitsvoraussetzung des § 518 Abs. I erfüllt²⁾. Um jedoch Schenkung zu sein, muß das Versprechen, d.h. das Angebot zum Abschluß eines Verpflichtungsvertrages, angenommen werden. Da der Schuldvertrag aber eine Grundstücksübertragung zum Gegenstand hat und bisher nur das Versprechen notariell beurkundet ist, muß zur Wirksamkeit des Vertrages noch die Form des § 313 beachtet werden.

1) Erman-Seiler, § 518 Rz 4; Soergel-Ballerstedt, § 518 Rz 3; Staudinger-Reuss, § 518 Rz 3.

2) Vgl. oben S. 67 f.

Deshalb "tritt" insoweit nach herrschender Meinung die Form des § 313 Satz 1 zur Form des § 518 Abs. I "hinzu".¹⁾

Die Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre zum Vollzugszeitpunkt bei der Grundstücks-schenkung läßt sich zwar mit § 313 Satz 1, jedoch nicht mit § 313 Satz 2 in Einklang bringen.

Wird die Form des § 518 nicht beachtet, das Versprechen also nicht notariell beurkundet, so ist regelmäßig auch die Annahme des Versprechens durch den Beschenkten nicht notariell beurkundet, so daß das Rechtsgeschäft auch nach §§ 313 Satz 1, 125 nichtig ist.

Folgt man der herrschenden Meinung, so ist nach § 518 Abs. II für die Heilung des Formmangels allein die Auflassung erforderlich, während nach § 313 Satz 2 zur Heilung des Formmangels noch die Eintragung ins Grundbuch kommen müßte.

Eine andere Form als die des § 518 Abs. I, d.h. die notarielle Beurkundung des Versprechens, kann durch die Leistungsbewirkung nach § 518 Abs. II nicht ersetzt, eine sich aus anderen Gründen ergebende Formnichtigkeit (§ 313 Satz 1) nicht nach § 518 Abs. II geheilt werden. Also erfaßt die Heilung nur den Formfehler des § 518 Abs. I, wenn bei einer schenkweisen Grundstücksübertragung das Grundstück aufgelassen ist. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb gerade wegen der "schenkweisen" Verpflichtung eine Ausnahme von § 313 Satz 2 gemacht werden sollte.

1) Siehe die Fundstellen in Fußnote 1) S. 91; sowie MünchKomm-Kollhosser, § 519 RdNr. 14.

Die Auflassung des Grundstücks kann demnach nicht genügen, um den Formfehler der Annahmeerklärung des Verpflichtungsgeschäftes nachträglich zu beheben. Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Vorstellung zur Heilungsbestimmung des § 313 Satz 2. Den Protokollen zu § 351 Abs. II des Entwurfes¹⁾ ist zu entnehmen, daß die Heilungsbestimmung vor allem wegen des rechtsschützenden Charakters der Grundbucheintragung befürwortet worden war:

"Mit der Verkehrsauffassung oder Rücksicht auf Treu und Glauben würde es im Widerspruch stehen, wenn trotz der Gültigkeit des dinglichen Vertrages der obligatorische Vertrag auch dann ungültig bleiben sollte, wenn seine Erfüllung sich unter Mitwirkung des Grundbuchrichters vollzogen hätte."

In erster Linie ist zur Rechtfertigung der Heilungsbestimmung bei einer nicht formgerechten Grundstücksveräußerung auf die Mitwirkung des Grundbuchrichters und nicht auf die des Notars abgestellt.

Auch dies spricht dafür, daß zum Vollzug einer auf ein formwidriges Schenkungsversprechen folgenden Grundstücksübertragung neben der Auflassung auch die Grundbucheintragung erforderlich ist.

Dieser Ansicht widersprechen auch nicht die oben dargestellten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und des Oberlandesgerichts Düsseldorf²⁾, da sie die Frage nach dem Vollzug bei Grundstücksschenkungen ausschließlich im Hinblick auf die 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. III, deren Lauf mit der Leistung der verschenkten Sache beginnt, behandeln.

1) Protokolle I, S. 463.

2) BGH, NJW 73, 40; OLG Düss., NJW 74, 2319 = Warn 74 II Nr. 222, 631 ff.

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und des Oberlandesgerichts Düsseldorf haben also nicht § 518 Abs. II zum Gegenstand und dennoch werden sie von der herrschenden Lehre zur Bestimmung des Vollzugszeitpunktes bei Grundstücksveräußerungen nach § 518 Abs. II¹⁾ herangezogen. Dies ist m.E. nicht haltbar.

Diesen Entscheidungen liegen Sachverhalte zugrunde, bei welchen die Fallkonstellation des § 518 Abs. II von Anfang an nicht gegeben war, da der jeweilige kausale Grundstücksüberlassungsvertrag notariell beurkundet war und sich die Frage nach dem Schenkungsvollzug nur deshalb stellte, weil der Eigentumsübergang noch nicht ins Grundbuch eingetragen worden war.²⁾ Die Rechtsprechung hatte also nicht drüber zu befinden, ob gerade die Heilung des Formmangels gemäß § 518 Abs. II schon mit der Auflassung des Grundstücks eingetreten ist.

Die herrschende Lehre, die zur Bestimmung des Vollzugszeitpunktes einer Grundstücksschenkung nach § 518 Abs. II die von der Rechtsprechung zu § 2325 Abs. III vertretene Ansicht heranzieht, erscheint auch deshalb bedenklich, weil der BGH bei § 2325 Abs. III den Leistungszeitpunkt vor allem nach dem Zweck des § 2325 Abs. III bestimmt:³⁾

1) Staudinger-Reuss, § 518 Rz 3; Erman-Seiler, § 518 Rz 4.

2) BGH, aaO; OLG Düss., aaO.

3) BGH, NJW 70, 1638 ff.

"Der Beginn der 10-Jahres-Frist nach § 2325 Abs. III, Halbsatz 1 ist maßgeblich danach zu bestimmen, daß die Frist einen Rückgriff auf zurückliegende Vorgänge vermeiden und die Beteiligten von der Last freistellen will, solche Vorgänge und die Verhältnisse unter denen sich jene abgespielt haben und die für die Beurteilung der Vorgänge insbesondere als Schenkung Bedeutung gewinnen können, nachträglich klären zu müssen. Die mit einer solchen Klärung notwendig verbundenen, infolge des Zeitablaufes sich ergebenden Schwierigkeiten liegen auf der Hand. Sie zu vermeiden ist das An-
liegen von § 2325 Abs. III, Halbsatz 1, dem Rechnung
getragen wird, wenn man nicht auf den Leistungs-
erfolg, sondern auf die Leistung als solche abstellt."¹⁾

Der Entscheidung, der diese Ausführungen zum Leistungszeitpunkt im Sinne des § 2325 Abs. III entnommen sind, liegt zwar nicht eine Grundstücksschenkung zugrunde. Vielmehr handelte es sich um den Fall, in welchem vor mehr als 10 Jahren vor dem Erbfall der Erblasser dem Beschenkten seine Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft hat zukommen lassen, wobei der Übergang des Rechts aufschiebend bedingt war. Dennoch ist diese Stellungnahme des BGH zur Frage, was unter "Leistung" im Sinne des § 2325 Abs. III, Halbsatz 1 zu verstehen ist, als Grundsatzentscheidung zu betrachten und deshalb auch auf den Fall einer Grundstücksübertragung anzuwenden, denn der BGH führt ganz allgemein aus:²⁾

-
- 1) Auch nehme die Zeitgrenze im Rahmen des § 2325 außerdem noch eine besondere Rücksicht auf den Beschenkten, dessen Rechtslage nicht zu lange in der Schwebe bleiben sollte. Dem Schenkgeber habe das Regelbild vorge-schwebt, die Schenkung werde bekannt geworden sein und demgemäß werde sich der Pflichtteilsberechtigte auf sie eingestellt haben; BGH, aaO, 1639.
- 2) BGH, aaO, 1639.

"Beim Pflichtteilsergänzungsanspruch beginnt die 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. III, Halbsatz 1 nicht erst mit dem Eintritt des Leistungserfolges, sondern bereits mit dem Zeitpunkt, in dem der Schenker alles getan hat, was von seiner Seite für den Erwerb des Leistungsgegenstandes durch den Beschenkten erforderlich ist."

Da der Schenker bei einer Grundstücksschenkung bereits mit notarieller Beurkundung der Einigungserklärung alles Erforderliche getan hat (§ 873), ist nach herrschender Lehre mit der Auflassung die Schenkung vollzogen.

Diese Ansicht mag zwar dem Zweck des § 2325 Abs. III entsprechen, steht aber im Widerspruch zu § 313 Satz 2, wenn dem Grundstücksveräußerungsgeschäft ein formwidriges Schenkungsversprechen vorausgeht, also die Fallkonstellation des § 518 Abs. II gegeben ist.

Die Auffassung der herrschenden Lehre ist auch deshalb nicht ganz verständlich, weil ja gerade die herrschende Lehre zur Wirksamkeit eines Grundstücksschenkungsversprechens neben der notariellen Beurkundung des Versprechens nach § 518 Abs. I richtigerweise noch die notarielle Beurkundung der Schenkungsannahme und somit des gesamten Schenkungsvertrages nach § 313 Satz 1 fordert¹⁾, andererseits aber nicht die Konsequenz zieht, zur Frage der Heilung des Formmangels eines Grundstücksschenkungsversprechens neben § 518 Abs. II auch § 313 Satz 2 heranzuziehen, sondern - unter Verweisung auf oben zitierte Rechtsprechung zu § 2325 Abs. III - hier bereits die Auflassung genügen läßt.

1) Erman-Seiler, Anm. 1 zu § 518; Soergel-Ballerstedt, § 518 Rz 3; Staudinger-Reuss, § 518 Rz 3.

Es ist noch einmal zu betonen, daß in den von der Rechtsprechung behandelten Fällen des § 2325 Abs. III ein formgerechter also notariell beurkundeter Schenkungsvertrag vorausging¹⁾.

Die von der Rechtsprechung zu § 2325 Abs. III vertretene Ansicht kann deshalb nicht zur Begründung des Vollzugszeitpunktes einer Grundstücksschenkung herangenommen werden, wenn ein Fall des § 518 Abs. II vorliegt, da dann ja gerade kein formgerechter Verpflichtungsvertrag gegeben ist²⁾.

Man sollte die Frage nach dem Vollzugszeitpunkt bei der Grundstücksschenkung also dahin beantworten, daß die Auflassung für den Schenkungsvollzug genügt, wenn der gesamte Schenkungsvertrag notariell beurkundet ist und somit das dingliche Rechtsgeschäft auf ein wirksames Grundgeschäft hin abgeschlossen wird, sich also die Frage einer Heilung nach § 518 Abs. II nicht stellt. Ist das Schenkungsversprechen aber nach § 125 wegen Formmangels nichtig, sind zur Heilung des Formmangels in Übereinstimmung mit § 313 Satz 2 die Auflassung und die Grundbucheintragung erforderlich.

-
- 1) Auch Kollhosser fordert für den Vollzug einer Grundstücksschenkung neben der Auflassung die Eintragung im Grundbuch. Er vergleicht die Interessenlage im Falle des § 518 Abs. II mit § 313 S. 2. In § 313 S. 2 habe sich der Gesetzgeber "eindeutig für den vollen Eintritt des Erfüllungserfolges entschieden (Auflassung und Eintragung), obwohl doch gerade die Auflassung eine beachtliche Warnfunktion hat. Es wäre ein erheblicher Wertungswiderspruch in der bevorzugten Stellung, die dem Schenker vom Gesetz im übrigen eingeräumt ist, wenn etwa der Verkäufer eines Grundstücks, der ja immerhin eine adäquate Gegenleistung erhält, gegen Übereilung stärker geschützt wird als der Schenker." MünchKomm-Kollhosser, § 518 RdNr. 16.
 - 2) So im Ergebnis auch MünchKomm-Kollhosser, § 518 RdNr. 15: "Entgegen vielfacher Übung können die §§ 2301, 2325 Abs. III und § 15 GmbHG nicht zum Vergleich herangezogen werden, da sie andere Zwecke verfolgen als § 518."

Kollhosser¹⁾ führt zur Begründung dieses Standpunktes noch aus, daß eine Bewirkung der versprochenen Leistung im Sinne des § 518 Abs. II "nach dem Sprachgebrauch des Lebens und des BGB (vgl. §§ 267 Abs. I, 362 Abs. II) erst mit Eintritt des Erfüllungserfolges" vorliege.

Entstehungsgeschichte und Normzweck sprechen hierfür. Wie oben dargelegt²⁾, wurde § 518 Abs. II geschaffen, um die Erfüllung eines irrtümlich für gültig gehaltenen Schenkungsvertrages ebenso zu behandeln, wie die Leistung auf einen für nichtig erkannten Schenkungsvertrag, nämlich eine Handschenkung.

Dementsprechend argumentiert Kollhosser: "Handschenkungen setzten aber einen Leistungserfolg voraus. Ebenso setzt der Kondiktionsanspruch, der mit § 518 Abs. II ausgeschlossen werden soll, einen Leistungserfolg voraus."³⁾

Auch nach Ansicht des Verfassers liegt bei der Grundstücksschenkung noch keine vollzogene Schenkung, sondern ein Schenkungsversprechen vor, wenn das Grundstück lediglich aufgelassen ist, der Vollzug aber noch nicht in das Grundbuch eingetragen ist.

Festzuhalten ist jedoch, daß nach Ansicht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ein Schenkungsversprechen nur dann gegeben ist, wenn das Grundstück noch nicht aufgelassen ist⁴⁾ und nach Ansicht des Bundesfinanzhofes⁵⁾, wenn der Besitz noch nicht übergegangen ist.

1) MünchKomm-Kollhosser, § 518 RdNr. 14.

2) Vgl. oben S. 73-77.

3) Kollhosser, aaO, § 518 RdNr. 14.

4) Vgl. oben S. 87-88, 90.

5) Vgl. oben S. 89.

3. § 518 bei gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen und Unterbeteiligungen

§ 518 Abs. I hat sehr große Bedeutung für den Abschluß von Gesellschaftsverträgen, wenn eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung oder Unterbeteiligung schenkweise zugewendet wird¹⁾.

Gleichwohl ist hier die Anwendbarkeit des § 518 Abs. I umstritten, da ein großer Teil der Lehre der Ansicht ist, die Schenkung sei bereits mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages vollzogen²⁾.

-
- 1) BGH Urt.v.24.9.1952, II ZR 136/51 in BGHZ 7, 175 ff; NJW 53, 138; JZ 53, 225; BB 52, 901 Nr. 1951; BGH Urt.v.29.10.1952, II ZR 16/52 in BGHZ 7, 378 ff; NJW 53, 138; JZ 53, 225; BB 52, 901 Nr. 1951; BGH Urt.v.6.3.1967, II ZR 180/65 in WM 67, 684; OLG Hamm, Beschl.v.22.1.1974, 15 W 36/73 in DNotZ 74, 455; OLGZ 74, 158.

Dementsprechend wird auch der praktische Anwendungsbereich des § 518 Abs. I auf gesellschaftsrechtlichem Gebiet von folgenden an den Vormundschaftsgerichten München und Nürnberg aktenkundigen Fällen belegt: Vormundschaftsgericht Nürnberg: Es erscheinen in den Jahren 1965, 1968, 1973 - 1975 insges. 3 Schenkungsversprechen: AZ: VIII 150/68, 304/73, 72/74.

Vormundschaftsgericht München: Es erscheinen in der Zeit vom 1.1.73 - 31.3.73 und 1.3.74 - 30.6.74 folgende Schenkungsversprechen:

AZ: VIII 45/73, 183/73, 279/73, 1015/74.

- 2) Würdinger, JZ 53, 226 f; Hueck, NJW 53, 138 f; v. Godin, JR 53, 171; Schlegelberger-Geßler, HGB Anm. 13 zu § 335; Palandt-Putzo, § 518 Anm. 5 b) bb); BGB-RGRK-Mezger, § 518 Rz 3; Staudinger-Reuss, § 518 Rz 19; Erman-Schulze-Wenck, § 706 Rz 5; Beitzke JR 63, 182; Lorenz, BB 72, 573; Siebert, NJW 53, 807.

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung sind anderer Ansicht: Soergel-Ballerstedt, § 518 Rz 20; BGB-RGRK, § 705 Rz 4; Erman-Seiler, § 518 Rz 9; Paulick, Handbuch S. 60; Haegele-Litfin, Handbuch, Anm. Nr. I, S. 183; differenzierte Betrachtung in MünchKomm-Kollhossner, § 518 RdNr. 27.

Ausgangspunkt des Meinungsstreits sind die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 24.09.1952 - II ZR 136/51¹⁾ - und vom 29.10.1952 - II ZR 16/52²⁾ -, und die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 19.09.1974 - IV R³⁾ -.

Grundsätzlich kommt § 518 Abs. I zur Anwendung, wenn sich das rechtliche Verhältnis von Schenker zu Beschenktem ausschließlich in einer schuldrechtlichen Beziehung erschöpft. Für § 518 Abs. I ist also maßgebend, ob der Schenkende mit Abschluß des Schenkungsvertrages bereits die geschuldete Leistung zuwendet⁴⁾.

Demzufolge kann man die schenkweise, nämlich "beitragsfreie" Aufnahme eines Dritten in eine Außengesellschaft und die schenkweise erfolgende Begründung einer Außengesellschaft mit einem Dritten vom Anwendungsbereich des § 518 Abs. I ausschließen. Der Schenkungsvollzug liegt hier in der Begründung einer Gesamthandsgemeinschaft und somit im Abschluß eines auch dinglichen Vertrages⁵⁾.

1) BGHZ 7, 175 ff.

2) BGHZ 7, 378 ff.

3) BFH, BStBl 75, 143.

4) HM, vgl. Staudinger-Reuss, § 518 Rz 16 u. 23; Palandt-Putzo, § 518 Anm. 5; Erman-Seiler, § 518 Rz 7-9; Soergel-Mühl, § 518 Rz 7-18; BGHZ 59, 210; BGH WM 70, 1114; 71, 1338.

5) HM, vgl. Hueck, NJW 53, 139; Schneider, BB 54, 513; Soergel-Schultze - v. Lasaulx, § 706 Rz 33; Fischer HGB, Anm. 56 zu § 105 HGB; Hundertmark, BB 70, 165: "Unbestritten ist, daß die unentgeltliche Beteiligung an einer Außengesellschaft mit Abschluß des Vertrages vollzogen ist"; MünchKomm-Kollhossner, § 518 Rz 27.

Im Falle der beitragsfreien Beteiligung eines Dritten an einer offenen Handelsgesellschaft ist nach Ansicht der Rechtsprechung und Lehre¹⁾ keine Schenkung sondern ein entgeltliches Geschäft gegeben:

"Die Aufnahme des Beklagten in diese Gesellschaft war nämlich keine unentgeltliche Zuwendung; denn der Beklagte übernahm dafür die Pflicht zur Geschäftsführung, die Verlustbeteiligung und die persönliche Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten."

Bei der beitragsfreien Beteiligung eines Dritten an einer Außengesellschaft stellt sich also die Frage nach § 518 überhaupt nur dann, wenn der zu Beteiligende keine nennenswerten Pflichten als Gegenleistung übernimmt, wie bei der beitragsfreien Aufnahme als Kommanditist²⁾ oder der unentgeltlichen Übertragung einer Kapitalbeteiligung auf einen bereits persönlich haftenden Gesellschafter.

-
- 1) BGH, BB 65, 472; 59, 574 f; Soergel-Ballerstedt, § 518 Rz 9; Palandt-Putzo, § 516, Anm. 4 k. Kollhossers überprüft, ob in gewissen Fällen, nämlich beim Notbedarf oder groben Undank, ein Schutzbedürfnis der gebenden Gesellschafter die entsprechende Anwendung der §§ 519, 528 f, 530 ff gebiete und ob in Einzelfällen der Schutz von Drittinteressen gegen nachteilige, unentgeltliche Vermögensweggaben durch den oder die Altgesellschafter eine Anwendung der für Schenkungen bzw. unentgeltliche Verfügungen geltenden speziellen Regelungen verlange (§§ 2325, 2329, 1934 b, 2338 a; 1375 Abs. II Nr. 1, 1390 BGB; §§ 32 KO; § 3 Abs. I Nr. 3 AufG), MünchKomm-Kollhossers, § 516 RdNr. 52.
 - 2) Bei der unentgeltlichen Verschaffung eines Kommanditanteiles treten die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten idR soweit hinter die rein vermögensrechtliche ("kapitalistische") Beteiligung zurück, daß nach Ansicht Kollhossers zumindest die "entsprechende" Anwendung aller schenkungsrechtlichen Vorschriften geboten erscheint, MünchKomm-Kollhossers, § 516 RdNr. 53.

Doch auch in diesen Fällen ist § 518 Abs. I nicht anwendbar, weil mit Abschluß des jeweiligen Vertrages eine Gesamthandsgemeinschaft begründet wird und somit Schenkungsvollzug gegeben ist.

- a) Die schenkungsweise Einräumung einer Beteiligung am Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes und die schenkungsweise Einräumung einer stillen Beteiligung und Unterbeteiligung am Gesellschaftersanteil des Gesellschafters einer Außengesellschaft.

Mit Abschluß eines Beteiligungsvertrages, der ein einzelkaufmännisch geführtes Unternehmen betrifft, bilden der Einzelkaufmann und der Beteiligte eine Innengesellschaft, wenn nicht die Gesellschaft als solche am Rechtsverkehr teilnimmt, sondern weiterhin allein der Einzelkaufmann¹⁾. Dies ist ebenso der Fall bei jeder Form der stillen Beteiligung und der Unterbeteiligung am Anteil des Gesellschafters einer Außengesellschaft.

1) MünchKomm-Ulmer, § 705 RdNr. 192;
BGHZ 12, 308, 114 f; WPM 65, 793; 73, 296 f;
RGZ 166, 160, 163.

In jedem Fall entsteht zwischen Beteiligendem und Beteiligtem eine Innengesellschaft¹⁾.

Bei einer Beteiligung am Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes bzw. in jedem Fall einer stillen Beteiligung gehört das Geschäftsvermögen auch weiterhin allein dem Einzelkaufmann²⁾, bei der Unterbeteiligung am Anteil des Gesellschafters einer Außengesellschaft gehört der Gesellschaftsanteil allein dem Hauptgesellschafter³⁾.

-
- 1) HM; vgl. ihre Zusammenstellung bei Soergel-Schultze = v. Lasaulx, Rz 63 vor § 705; Rz 33, 34 zu § 706. MünchKomm-Ulmer, RdNr. 52 ff vor § 705; § 705 RdNr. 192 ff, 198. Staudinger-Keßler, Vorbem. 105 u. 108 zu § 705. Unterbeteiligung und stille Gesellschaft sind Formen der Innengesellschaft. Die Unterbeteiligung ist, wie der Name sagt, die Beteiligung an einer schon vorhandenen Beteiligung. Von der Ganz- oder Teilabtretung unterscheidet sie sich dadurch, daß dem Unterbeteiligten nach hM keine dinglichen, sondern nur obligatorische Rechte aus der Hauptbeteiligung eingräumt werden. Der Unterbeteiligte steht nur zu seinem Hauptbeteiligten in gesellschaftsrechtlichen Beziehungen, nicht dagegen auch zur Gesellschaft des Hauptbeteiligten (BGHZ 50, 316 = NJW 1968, 200; Westermann, Handbuch I Rz 943). Darin liegt zugleich der Unterschied zur stillen Gesellschaft. Der stille Gesellschafter hat unmittelbar am Unternehmen des Geschäftsinhabers teil, während der Unterbeteiligte nur an der Beteiligung seines Hauptbeteiligten und nicht unmittelbar am Unternehmen selbst beteiligt ist, und zwar unabhängig davon, ob den anderen Gesellschaftern die Unterbeteiligung bekannt ist oder nicht, Sudhoff, aaO, S. 53 mit weiteren Nachweisen; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rz 201.
- 2) Soergel-Schultze - v. Lasaulx, Rz 49, 59 vor § 705; Sudhoff, aaO, S. 30 f.
- 3) BGH NJW 68, 2003; Soergel-Schultze - v. Lasaulx, Rz 63 vor § 705; Sudhoff, aaO, S. 53.

In keinem dieser Fälle bilden die Gesellschafter der jeweiligen Innengesellschaft eine Gesamthandsgemeinschaft¹⁾.

Allein der Einzelkaufmann oder Hauptgesellschafter führt die Geschäfte und tritt nach außen im Rechtsverkehr auf. Damit korrespondierend dient auch allein sein Geschäftsvermögen Dritten als Haftungsgrundlage: Bei der Innengesellschaft ist kein gesamthänderisches Gesellschaftsvermögen vorhanden²⁾.

Es stellt sich nun die Frage, was an vermögenswertem Gut dem Beteiligten gehört. Eigentum am Geschäftsvermögen oder am Gesellschaftsanteil kann ihm jedenfalls nicht eingeräumt werden. Die Übertragung eines solchen Vermögensteiles würde den entsprechenden Vermögenswert sogleich der Innengesellschaft entziehen. Der Begriff der Innengesellschaft verbietet es, daß an dem Geschäftsvermögen eine Gesamthandsgemeinschaft entsteht.

-
- 1) Staudinger-Keßler, Vorbem. 92 zu § 705; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, Rz 51 vor § 705; Larenz II, § 60, S. 364; BGHZ 12, 308, 314.
 - 2) In Rechtsprechung und Literatur werden als typische Merkmale der Innengesellschaft, die sie von der Außengesellschaft unterscheiden, vor allem zwei Umstände genannt: einerseits die Nichtteilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr und zum anderen der Verzicht auf die Bildung von Gesamthandsvermögen, BGHZ 12, 308, 314 f = NJW 54, 1159; BGH NJW 60, 181 f; WPM 65, 793; 73, 296 f; RGZ 166, 160, 163; Larenz II, § 60, S. 363 f; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, Rz 51 vor § 705; Staudinger-Keßler, Vorbem. 92 zu § 705; Koenigs, aaO, S. 337.

Bringt ein Gesellschafter etwas in die Innengesellschaft ein, leistet er beispielsweise seine Einlage, wird dieser Vermögensgegenstand sogleich Bestandteil des Geschäftsvermögens und damit Eigentum des Geschäftsinhabers. Zugleich scheidet der Vermögensteil aus dem Eigentum des Einbringenden aus. Da ein Gesellschaftsvermögen nicht existiert, kann der Einlegende nicht dinglich berechtigt werden. Stattdessen wirkt sich seine Einlage dahingehend aus, daß er nunmehr dem Einlagewert entsprechend "beteiligt" ist. Die Höhe der Beteiligung hängt von dem gesellschaftsvertraglich vereinbarten Beteiligungsschlüssel ab.

Will nun ein Geschäftsmann mit einem Dritten, der kein als Einlage zu leistendes Vermögen besitzt, eine "beitragsfreie" Innengesellschaft eingehen, stehen grundsätzlich 2 Wege offen: Er kann Vermögensteile aus seinem Vermögen aussondern, dem Dritten übereignen und hieran die Auflage oder Bedingung knüpfen, daß der Dritte diesen Betrag wieder als Einlage zum Zwecke der Beteiligung dem Vermögen des Geschäftsinhabers einverleibt. Um diese gekünstelt wirkende Vermögensverschiebung zu vermeiden, kann er aber auch auf eine vorherige Aussonderung und Übertragung des Vermögens verzichten und stattdessen mit dem Dritten vereinbaren, daß dieser am Geschäftsvermögen beteiligt bzw. an seinem Gesellschaftsanteil unterbeteiligt sein soll.

Worin nun diese Beteiligung oder Unterbeteiligung besteht, ist seit langem umstritten¹⁾.

1) Vgl. oben, S.100, Fußnote 1 und 5.

Der Meinungsstreit wird in der Praxis bedeutsam, wenn dem Dritten die Beteiligung schenkweise eingeräumt wird, da sich nun die Frage stellt, ob die Schenkung mit dem Abschluß des Beteiligungsvertrages vollzogen ist oder ob ein Schenkungsversprechen vorliegt und der Vertrag deshalb nach § 518 Abs. I zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedarf.

Der BGH hat hierzu sowohl im Falle einer schenkweisen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen eines Einzelkaufmannes in Form einer Innengesellschaft Stellung genommen¹⁾, als auch im Falle einer schenkweisen stillen Beteiligung²⁾.

Bei der schenkweisen Beteiligung am Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes vertritt die Rechtsprechung die im folgenden dargelegte Ansicht:

Bei der Innengesellschaft ist der Geschäftsinhaber alleiniger Eigentümer des Geschäftsvermögens. Er ist deshalb dem anderen Gesellschafter nur schuldrechtlich verpflichtet, ihn gemäß seinem Anspruch auf Gewinn- und Liquidationserlös zu befriedigen³⁾. Dies ist nach Ansicht der Rechtsprechung selbst dann der Fall, wenn sich der Geschäftsinhaber im Innenverhältnis verpflichtet, das Geschäftsvermögen als gesamthänderisches Vermögen zu behandeln und eine Beteiligung an der Substanz des Geschäfts vereinbart⁴⁾.

1) BGHZ 7, 378 ff.

2) BGHZ 7, 174 ff.

3) BGHZ 7, 380.

4) BGH, aaO, S. 178.

Denn, so argumentiert der BGH, auch in diesem Falle "soll es nach dem Parteiwillen gerade nicht zu einer Vermögensübertragung kommen, die Zusage soll sich vielmehr in einer schuldrechtlichen Verpflichtung erschöpfen"¹⁾.

Da nach dieser Ansicht dem Beteiligten nur ein kausal begründeter Anspruch zugewendet wird²⁾, bedarf die Vereinbarung zu ihrer Wirksamkeit der Form des § 518 Abs. I, wenn sie schenkweise erfolgt. Auf die Eigenart der gesellschaftlichen Beteiligung, die auch darin besteht, dem Beteiligten neben dem Anspruch auf Gewinn- und Liquidationserlös noch Rechte anderer Art einzuräumen, wie insbesondere Verwaltungs-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte und die hiermit im Zusammenhang stehende Frage, ob denn nicht mehr als ein bloß schuldrechtlicher Anspruch zugewendet wird, geht der BGH nicht ein. Stattdessen prüft die Rechtsprechung die Frage nach dem Schenkungsvollzug anhand anderer Merkmale³⁾:

"Der Formmangel kann nicht dadurch geheilt werden, daß der Geschäftsinhaber den vereinbarten Anteil buchmäßig, steuerlich oder sonstwie als Vermögen des anderen führt.

1) BGH, aaO, S. 380.

2) So auch Halmburger, aaO, S. 173: "Bei der typischen Unterbeteiligung hat der Unterbeteiligte mehr die Stellung eines Darlehensgläubigers, der ausschließlich auf eine Quote des Ertrages der Beteiligung einen schuldrechtlichen Anspruch geltend machen kann."

3) BGH, aaO, S. 380 f.

Denn auch durch derartige Handhabung wird der andere nicht stärker als schuldrechtlich an dem Vermögen des Geschäftsinhabers beteiligt. Mag auch mehr als eine schuldrechtliche Bindung gewollt sein, so kann doch ihre Anerkennung in den Geschäftsbüchern oder dem Finanzamt nicht als Bewirkung der versprochenen Leistung angesehen werden. Sonst müßte man, wenn jemand einen Betrag geschenkweise zu schulden verspricht und auf lange Zeit nichts anderes als diese Schuld will, die Vollziehung des Geschenkversprechens annehmen, wenn er den anderen in seinen Büchern mit dem Betrage erkennt¹⁾."

Die Ansicht des BGH läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Wird jemand in Form einer Innengesellschaft an dem Geschäftsvermögen eines anderen unentgeltlich beteiligt, so bedarf der Gesellschaftsvertrag zu seiner Wirksamkeit notarieller Beurkundung nach § 518. Die Einbuchung des Anteils in den Geschäftsbüchern des Kaufmannes und die Anerkennung gegenüber dem Finanzamt stellen keine Bewirkung der versprochenen Leistung dar.

1) BGHZ 7, S. 380.

Würdinger¹⁾ setzt sich mit der Ansicht des BGH detailliert auseinander. Er stimmt der Rechtsprechung darin zu, daß die Gutschrift als bloßer Buchungsvorgang nur ein Reflex des Beteiligungsverhältnisses sei, der nur über tatsächliche Geschäftsvorgänge oder über solche Berichte, welche die Parteien als vollzogen fingieren wollen.

Im Gegensatz zur Ansicht der Rechtsprechung sind für Würdinger aber nicht die Eigentumsverhältnisse am Geschäftsvermögen entscheidend, sondern die Gesellschafterrechte, die mit Vertragsabschluß entstehen und mehr beinhalten als die Position eines forderungsberechtigten Geldgläubigers²⁾:

"Die Rechtsstellung des Gesellschafters leitet sich nicht aus einer dinglichen Rechtslage, sondern allein aus dem Gesellschaftsvertrag ab.

1) Würdinger, JZ, 53, 226 f befaßt sich speziell mit der oben dargestellten Meinung der Rechtsprechung zur schenkweisen Beteiligung am Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes (BGHZ 7, S. 378 ff).

Ihm folgen im wesentlichen, aber speziell zur Ansicht des BGH zur schenkweisen stillen Beteiligung, welche sogleich im Anschluß behandelt wird (BGHZ 7, 178 ff):

Hueck, ZHR 83, 9 ff; ders. Anm. in NJW 53, 138 f; v. Godin, JR 53, 171; Schlegelberger-Geßler, HGB § 335 Bem. 13; Palandt-Putzo, § 518 Anm. 3 b; Staudinger-Reuss, § 518 Rz 7; Staudinger-Keßler, Vorbem. 92 zu § 705; Beitzke, JR 63, 182; Böttcher-Beinert, aaO, S. 39; Lorenz, BB 72, 573; Siebert, NJW 53, 807.

2) Würdinger, aaO, S. 227.

Dieser bestimmt, woran der Partner beteiligt sein soll, ob sich die Beteiligung auf den Gewinn, auf den Verlust oder daneben auch auf das Geschäftsvermögen selbst bezieht. Er bestimmt ferner die Höhe der Beteiligung, also den rechnerischen Beteiligungsschlüssel."

Nach Würdinger wird dem Beteiligten also nicht nur eine Gläubigerstellung zugewendet, sondern die Rechtsposition eines Gesellschafters. Diese realisiert sich wertmäßig in der Beteiligung, aus welcher erst der Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös resultiert. Daneben gewährt die Beteiligung noch Rechte anderer Art, wie Verwaltungs-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte¹⁾.

Die Beteiligung ist nach Würdinger deshalb keine Gläubigerschaft, sondern ein "Wertanteil". Ihn wendet der Geschäftsinhaber seinem Partner zu²⁾:

"So ist die Beteiligung ein Rechtsverhältnis, welches dem Träger derselben (hier dem Gesellschafter) einen Wertanteil am Ertrag und an der Substanz des Geschäftsvermögens ermittelt, auf das sie sich bezieht. Sie ist im Gegensatz zur obligatorischen Forderung eine besondere Form des Sach- oder Wertbesitzes."

1) Würdinger, aaO, S. 227.

2) Würdinger, aaO.

Erfolgt die Beteiligung schenkweise, vollzieht der Geschäftsinhaber bereits mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Schenkung, da er dem zu Beteiligenden nicht nur eine obligatorische Forderung auf Gewinn und Liquidationserlös zuwendet, sondern die Beteiligung als eine "besondere Form des Wertanteils"¹⁾.

Nach Würdinger stellt die schenkweise erfolgende Beteiligung am Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes eine vollzogene Schenkung dar.

Der BGH hatte auch über einen Fall zu entscheiden²⁾, bei dem ein stiller Teilhaber am Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes unentgeltlich beteiligt wurde, weil die vom Stillen zu erbringende Einlage überbewertet, bzw. das Geschäftsvermögen unterbewertet wurde.

Auch in diesem Fall fordert die Rechtsprechung zur Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages die notarielle Beurkundung nach § 518 Abs. I. Wiederum besteht das entscheidende Argument darin, daß bei der stillen Gesellschaft als einer Innengesellschaft kein Geschäftsvermögen existiere und eine nach außen wirkende gesamthänderische Beteiligung ausgeschlossen sei³⁾.

Auch hier besitze die Zuwendung des Geschäftsinhabers, nämlich die Überbewertung der Einlage des Stillen nur schuldrechtlichen Charakter.

Auch die Gutschrift der überbewerteten Einlage in den Geschäftsbüchern führe nicht etwa gem. § 518 Abs. II zur Wirksamkeit der Schenkung:

1) Würdinger, aaO.

2) BGHZ 7, 174 ff.

3) BGH, aaO, S. 178.

"Die einfache Gutschrift einer in dieser Weise überbewerteten Einlage ist noch nicht die Vollziehung der Schenkung, weil ein solcher Buchungsvorgang nur die eine formlose Verpflichtung durch eine andere gleicher Art ersetzt (Weipert HGB 2. Auflage 1950 § 335, Anm. 21). Es kann daher auf diesem Wege auch nicht der Mangel an der Form bei einem derartigen Schenkungsversprechen in einem mündlichen oder privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag nach § 518 Abs. II BGB als geheilt angesehen werden¹⁾."

Gegen die Ansicht des BGH wenden sich vor allem Hueck²⁾ und Koenigs³⁾.

Nach Huecks Auffassung kann es für die Anwendung des § 518 Abs. I nicht allein auf die Eigentumsverhältnisse am Geschäftsvermögen ankommen. Vielmehr soll entscheidend sein, daß auch bei stiller Beteiligung eine "echte" Gesellschaft und deshalb wie bei jeder Gesellschaft ein wirkliches Gemeinschaftsverhältnis zustandekomme. Deshalb liege auch hier in der Einräumung der Gesellschafterstellung die Vollziehung des Schenkungsversprechens⁴⁾.

Während der BGH den Parteiwillen dahin auslegt, der Schenker wolle sich lediglich schuldrechtlich verpflichten, vertritt Hueck die Ansicht, zwar solle nach dem Parteiwillen nicht ein Geldbetrag zugewendet werden, aber die Eintragung in den Geschäftsbüchern dokumentiere nach außen hin, daß gerade die Parteien die Schenkung als vollzogen betrachten⁵⁾.

1) BGH, aaO, S. 179.

2) Hueck, NJW 53, 138 f.

3) Koenigs, S. 74 ff.

4) Hueck, aaO, S. 139; so auch MünchKomm-Kollhosser, § 518 RdNr. 27.

5) Hueck, aaO.

Seine Auffassung sieht Hueck auch durch einen Vergleich mit der Rechtslage bei der schenkweisen Beteiligung an einer - grundsätzlich der stillen Gesellschaft nahestehenden - Kommanditgesellschaft bestätigt:¹⁾

"Nimmt der Vater den Sohn als Kommanditist auf, so bedeutet das die Begründung einer Gesamthandsgemeinschaft und damit zweifellos die Erfüllung des Schenkungsversprechens."

Auch Koenigs ist der Meinung, mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages und dem Erwerb der gesellschaftlichen Beteiligung sei die Schenkung vollzogen.²⁾

Wie Würdinger³⁾, betrachtet Koenigs die Beteiligung als Zuwendungsgegenstand und den Abschluß des Beteiligungsvertrages als Leistungsbewirkung. Während Würdinger damit argumentiert, daß die Beteiligung ein über die Position eines Geldgläubigers hinausgehender Wertanteil sei, stützt sich Koenigs darauf, daß im besonderen Fall der Zuwendung einer gesellschaftlichen Beteiligung ein "weiterer Vollzug der Schenkung rechtstechnisch unmöglich sei."⁴⁾

Als Beteiligungsinhalt würden neben typischen Gesellschafterrechten freilich auch schuldrechtliche Ansprüche zugewendet, die bis zur Beendigung der Gesellschaft bestehen bzw. unerfüllt bleiben können. Da diese Ansprüche im Zeitpunkt des Gesellschaftsvertragsabschlusses begründet würden, bestehe bei schenkweiser Einräumung ein Sachverhalt, auf den die Formvorschrift des § 518 Abs. I zwar grundsätzlich anwendbar sei.

1) Hueck, aaO.

2) Koenigs, S. 74.

3) Würdinger, JZ 53, 226.

4) Koenigs, S. 75.

Eine Aufteilung in formnichtige Verpflichtung und wirksam begründete Gesellschafterrechte verbiete sich, da sie entweder an § 139 oder doch daran scheitere, daß wirtschaftlich und nach dem Parteiwillen Zusammengehörendes verschieden behandelt werde.¹⁾ Die Zuwendung einer Beteiligung sei jedoch ein spezieller Tatbestand, der vom Regelungsgehalt des § 518 Abs. I nicht erfaßt werde:²⁾

"Die Formvorschrift des § 518 soll den Schenker vor Übereilung bewahren und verhindern, daß die Vorschriften über letztwillige Verfügungen umgangen werden. Sie beruht auf der im allgemeinen zutreffenden Teilung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte. Das Verhältnis von Verpflichtungsgeschäft und dessen Erfüllung durch ein nachfolgendes entsprechendes Verfügungsgeschäft, von der § 518 ausgeht, paßt für die Zuwendung einer gesellschaftlichen Beteiligung nicht. Die gesellschaftliche Beteiligung besteht ganz unabhängig von der dinglichen Rechtslage."³⁾

Schließlich begründet Koenigs seine Meinung noch mit dem Willen des Geschäftsinhabers, die Schenkung sofort zu vollziehen und dem stillen Gesellschafter nicht eine Leistung zu versprechen, die er erst in Zukunft, etwa bei der Auflösung der stillen Gesellschaft realisieren könne.

1) Koenigs, aaO.

2) Koenigs, S. 74.

3) Koenigs, S. 75.

b) Formulierungen der Praxis

Die Rechtsprechung wendet die Formvorschrift des § 518 Abs. I auf die schenkweise Beteiligung und Unterbeteiligung ohne Einräumung einer dinglichen Rechtsposition an, weil dem Beteiligten mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages jedenfalls schuldrechtliche Ansprüche zugewendet werden, ohne daß ihm eine dingliche Rechtsposition eingeräumt wird.

Der wohl überwiegende Teil der Lehre¹⁾ begründet seine, der Ansicht des Bundesgerichtshofes widersprechende Auffassung im Prinzip damit, daß mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages dem Beteiligten eine Gesellschafterstellung zugewendet werde, welche bereits mehr an Rechten gewährt als die Stellung eines Gläubigers, der vom Schuldner nur die Bezahlung eines bestimmten Geldbetrages verlangen kann.

Betrachtet man Gesellschaftsverträge der Praxis, stellt man fest, daß der juristisch Geschulte mit einfachen Formulierungen im Gesellschaftsvertrag ohne weiteres die Form des § 518 Abs. I umgehen kann, obwohl in der Regel zwischen ihm und dem Beteiligten eine Interessenlage besteht, auf welche § 518 Abs. I vom Formzweck her betrachtet eigentlich anzuwenden ist.

Demzufolge überwiegen an Gerichten und Notariaten bei weitem Gesellschaftsverträge, die als vollzogene Schenkungen anzusehen sind.

1) Vgl. oben S. 99, Fn. 2.

Schenkungsversprechen sind Ausnahmen, wie es folgende Gegenüberstellung verdeutlicht:¹⁾

Vollzogene Schenkungen:

1965: VIII 628/65; 191/65; 933/65;

1968: -.-

1973: VIII 291/73; 444/73; 529/73; 710/73; 943/73;

1974: VIII 37/74; 105/74; 739/74; 864/74;

Schenkungsversprechen:

1965	1968	1973	1974
-.-	VIII 150/68	VIII 304/73	VIII 72/74

Am Vormundschaftsgericht Nürnberg existiert ein Vertrag aus dem Jahre 1968²⁾, mit dem ein Unternehmer den Sohn als stillen Gesellschafter unentgeltlich beteiligen wollte. Der Vertrag sieht in § 4 vor, daß die zu leistenden Einlagen durch Schenkung seitens des Vaters erbracht und durch Umbuchung von seinem Kapitalkonto übertragen worden seien. Da der Vertrag bestimmte Klauseln enthielt, die Zweifel an der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsfähigkeit aufkommen ließen, legte das Vormundschaftsgericht den Vertrag zu einer gutachtlichen Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer vor.

1) Diese Schenkungen sind am Amtsgericht Nürnberg aktenkundig. In der Zeit vom 1.1.73 bis 31.3.73 u. v. 1.3.74 bis 30.6.74 sind am Vormundschaftsgericht München folgende Fälle der schenkweisen Einräumung einer Beteiligung oder Unterbeteiligung aktenkundig:

Vollzogene Schenkungen:

1973: VIII 76/73; 120/73; 279/73; 420/73; 555/73;
443/73; 516/73;

1974: VIII 775/74; 1304/74; 1495/74;

Schenkungsversprechen:

1973: VIII 45/73; 183/73; 1974: VIII 1015/74;

2) VIII 150/68.

Diese befürwortete¹⁾ eine Genehmigung, wies aber darauf hin, daß nach Ansicht der Rechtsprechung der Gesellschaftsvertrag zu seiner Wirksamkeit der Form notarieller Beurkundung bedürfe, es sei denn, man ändere seinen Wortlaut in gewisser Weise:

"Es wäre daher erforderlich, § 4 des Gesellschaftsvertrages dahin abzuändern, daß folgendes zum Ausdruck kommt:

- a) Die Höhe der Einlage der stillen Gesellschafter.
- b) Daß der Geschäftsinhaber jeweilige Beträge an seine Angehörigen schenkweise übereignet hat, und zwar unter der Auflage, daß die Beträge nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages als Einlage in die stille Gesellschaft eingebracht werden.
- c) Daß die Angehörigen diese Schenkung angenommen haben.
- d) Daß die Vertragsparteien darüber einig sind, daß die jeweiligen Einlagen bereits geleistet worden sind."

Seit der gutachtlichen Stellungnahme der IHK Nürnberg im Jahre 1968 können in den Registern des Vormundschaftsgerichts Nürnberg bis Ende 1974 nur mehr 2 schenkweise begründete Beteiligungen festgestellt werden, die als Schenkungsversprechen zu qualifizieren sind.²⁾

1) Stellungnahme der IHK vom 22.4.1968 zu VIII 150/68, Amtsgericht Nürnberg.

2) VIII 304/73; VIII 72/74.

Demgegenüber steht die weitaus größere Zahl von Schenkungen, die bereits mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages vollzogen sind¹⁾.

Nach herrschender Meinung ist mit der schenkweisen Abtretung eines Rechts oder einer Forderung die Schenkung des Rechts oder der Forderung ebenso vollzogen, wie wenn der Geldbetrag, auf den sich die Forderung bezieht, dem Forderungsberechtigten übereignet wird²⁾. Dies kommt in einem schenkweise erfolgenden Beteiligungsvertrag wie folgt zum Ausdruck:

Gesellschaftsvertrag VIII 291/73 (Amtsgericht Nürnberg):

"Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft zwischen Fa. L. u. M. L. (geb. 26.8.54), vertreten durch die Eltern.

I.

Herr F. L. ist Alleineigentümer der Fa. L. Er tritt mit Wirkung vom 1.1.70 einen Teilbetrag von 5.000,--DM an M. L. ab.

II.

M. L. legt den Betrag von 5.000,--DM mit Wirkung vom 1.1.70 in die Fa. L. ein und beteiligt sich damit still an dieser Firma.

1) Vgl. die Gegenüberstellung oben S. 116.

2) HM; vgl. Palandt-Putzo, § 518 Anm. 5 a, aa; Staudinger-Reuss, § 518 Rz 18; BGB-RGRK, § 518 Rz 4; Soergel-Mühl, § 518 Rz 8.

III.

M. L. erhält dafür einen Anteil am Jahresgewinn von 4 %. Der Gewinn wird einem neu zu errichtenden Kontokorrentkonto gutgeschrieben. Von diesem Konto können bis zu 25 % des Gewinns entnommen werden"

Ziff. I und II sind dahin auszulegen, daß der Geschäftsinhaber entweder einen baren Geldbetrag von 5.000,-- DM an M. L. übereignet hat oder über einen Geschäftsanteil in Höhe von 5.000,-- DM zugunsten M. L. verfügt hat.

Jedenfalls gibt er mit "tritt ab" zu verstehen, daß der zu Beteiligende über den Betrag von 5.000,-- DM frei verfügen kann. Da die Abtretung schenkweise¹⁾ erfolgt ist, liegt mit der Erklärung der Abtretung und ihrer Annahme der Fall einer Handschenkung vor. Zumindest um eine juristische Sekunde wurde demnach die Schenkung vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages vollzogen, da in Ziff. II erklärt wird, daß die Beschenkte die Zuwendung noch am selben Tag in die Firma des Schenkers einlegt.

Da die Abtretung als Ziff. I im Gesellschaftsvertrag aufgeführt ist, soll von vorneherein klargestellt werden, aus welchen Mitteln die minderjährige Beschenkte ihre Einlage erbracht hat. Eine Anwendung des § 518 Abs. I scheidet von vorneherein aus.

In Ziff. I des Gesellschaftsvertrages erklären also die Parteien nach außen, daß die zu Beteiligende tatsächlich eine Einlage geleistet und den hierfür erforderlichen Betrag vorher schenkweise erhalten hat.

1) Dies geht aus einem Schreiben hervor, das dem Gesellschaftsvertrag beigelegt wurde und sich bei den Akten befindet.

Nach der in Ziff. II getroffenen Vereinbarung erfolgt die Schenkung unter der Auflage¹⁾, den Geldbetrag zum Zwecke einer stillen Beteiligung wieder dem Unternehmen des Schenkers zuzuwenden.

Hiermit sichert der Schenker von vorneherein die Durchsetzung des Schenkungszweckes ab.

Festzuhalten ist jedoch, daß eine Schenkung nur bei der Übereignung des Geldbetrages bzw. der Abtretung des Geschäftsanteiles vorliegt. Die Beteiligung selbst wurde nicht schenkweise eingeräumt, denn wie in Ziff. III des Gesellschaftsvertrages zum Ausdruck kommt, erhält der Gesellschafter als Gegenleistung für seine Einlage die Beteiligung am Jahresgewinn.

Häufig sind Vertragsgestaltungen, nach welchen der zu Beteiligende vor der Leistung seiner Einlage den hierzu erforderlichen Geldbetrag in "bar" vom Geschäftsinhaber geschenkt bekommen hat und die Bestimmung, daß der Betrag zum Zwecke der Beteiligung zu verwenden ist. In der Regel werden folgende Bestimmungen getroffen:

"Die zur Einlage erforderlichen Barmittel werden dem stillen Gesellschafter durch Herrn C. A. geschenkt."²⁾

"Diese Beträge wurden ihnen bereits in voller Höhe von ihren Eltern geschenkt, so daß sie selbst keine Zahlungen mehr zu leisten haben."³⁾

1) Zur Abgrenzung der Schenkung unter einer Auflage von der gemischten Schenkung vergleiche auch S. 164-171.

2) VIII 710/73; 739/74, Amtsgericht Nürnberg.

3) VIII 37/74, Amtsgericht Nürnberg.

oder:

"Stille Beteiligung

- 1) Herr H. E. beteiligt sich mit Wirkung vom 1.11.73 als stiller Gesellschafter an der Fa. E. S., Inhaber E. E. mit einer Einlage von 30.000,-- DM.
- 2) Die zur Einlage erforderlichen Barmittel werden dem stillen Gesellschafter durch E. E. geschenkt."

In einem dem Gesellschaftsvertrag beigegeführten Begleitschreiben wird die Schenkung näher erläutert: ".....wobei die vereinbarten Gesellschaftseinlagen von jeweils 30.000,-- DM den Kindern im Wege einer Barzuwendung durch den Vater überlassen wurden¹⁾."

"Die Bareinlage erfolgt aufgrund der vorangegangenen Schenkung in Höhe von²⁾."

"Die Gesellschaftereinlagen für die beiden Mündel werden durch deren Eltern in bar einbezahlt³⁾."

"Die Einlage des stillen Gesellschafters beträgt 30.000,-- DM, welche bereits in 3 Raten auf dem Geschäftskonto der Firma einbezahlt wurden⁴⁾."

1) VIII 739/74, Amtsgericht Nürnberg.

2) VIII 10/73, Amtsgericht Nürnberg.

3) VIII 120/73, Amtsgericht München.

4) VIII 420/73, Amtsgericht München.

Auf der Urkunde räumlich vor der Formulierung des Gesellschaftsvertrages erklären die Parteien¹⁾:

"Herr E. S. wendet seiner Tochter unentgeltlich einen Betrag von 30.000,-- DM zu. Beide Teile sind sich darüber einig, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll."

In § 3 des Gesellschaftsvertrages wird dann erklärt:
"Die versprochene Leistung ist bereits erwirkt²⁾."

Um die bestimmungsgemäße Verwendung des verschenkten Betrages zum Zwecke der Beteiligung am Geschäft des Schenkers sicherzustellen, werden entweder dazugehörige Auflagen vereinbart oder bereits vollendete Tatsachen geschaffen:

" Die zur Einlage erforderlichen Barmittel.....³⁾."

" Die Gesellschaftereinlagen werden einbezahlt⁴⁾."

" Die Einlage beträgt, welche bereits einbezahlt wurde⁵⁾."

"Die Zuwendung geschieht unter der Bedingung, daß der geschenkte Betrag als Beteiligung in Form eines stillen Gesellschaftsanteils in der Firma E. S. eingebracht wird⁶⁾."

1) VIII 775/74, Amtsgericht München.

2) oder: "Die Einlagen werden in bar erbracht und sind spätestens bis 30. Juni 1974 einzuzahlen", VIII 1495/74 AG München.
oder: "Dieser Einzahlungsbetrag ist dem von seinem Vater durch Schenkung zugewendet worden und zwar mit der ausdrücklichen Auflage, den geschenkten Betrag als ... Einlage einzubringen", VIII 864/74, AG München.

3) VIII 710/73, Amtsgericht Nürnberg.

4) VIII 120/73, Amtsgericht München.

5) VIII 420/73, Amtsgericht München.

6) VIII 775/74, Amtsgericht München.

"Die Leistung ist bereits erwirkt¹⁾."

"Die Einlagen und sind spätestens bis 30.06.74 einzuzahlen²⁾."

"Dieser Betrag zugewendet worden und zwar unter der ausdrücklichen Auflage, den geschenkten Betrag als Einlage einzubringen³⁾."

Der Zuwendende sichert mit einer Auflage oder einer Bedingung die Durchsetzung des mit seiner Schenkung verfolgten Zweckes ab, den verschenkten Betrag gegen eine entsprechende Gewinnbeteiligung in sein Unternehmen wieder einzubringen. Ändert der Schenker den Satz "der zur Einlage erforderliche Geldbetrag wurde dem Kapitalkonto des Beteiligten durch Umbuchung (oder Gutschrift) vom Kapitalkonto des Geschäftsinhabers zugewendet" dahin ab, "der zur Einlage erforderliche Geldbetrag wurde dem Beteiligten bar ausbezahlt", oder " wurde dem Beteiligten bereits abgetreten", ist nach außen hin eine vollzogene Schenkung deklariert, obwohl nur Worte ausgetauscht wurden und zum Nachweis des dinglichen Vollzugsaktes weder im Gesellschaftsvertrag noch sonst eine den Rechtserwerb publizierende Handlung erforderlich ist.

In vermögensrechtlicher Hinsicht besteht die entsprechende Rechtslage, wie wenn die Zuwendung des Geldbetrages lediglich in den Geschäftsbüchern als Umbuchung oder Gutschrift erscheint:

1) VIII 785/74, Amtsgericht München.

2) VIII 1495/74, Amtsgericht München.

3) VIII 864/74, Amtsgericht München.

Während nach Ansicht der Rechtsprechung¹⁾ der Schenker bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages dem Beschenkten nur einen schuldrechtlichen Anspruch zuwendet, wird der in oben dargestellter Weise Beschenkte in dinglicher Hinsicht nur eine juristische Sekunde lang um den als Einlage zu leistenden Betrag bereichert. Mit Eingehung der stillen Gesellschaft erhält er für seine Einlage wiederum einen schuldrechtlichen Anspruch zugewendet. Diese Art der Beteiligung unterscheidet sich von den Fällen, über die die Rechtsprechung entschieden hat, nur dadurch, daß die Beteiligung selbst nicht mehr unentgeltlich erfolgt. Der Beteiligte erhält ja für seine Einlage den schuldrechtlichen Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös.

In den meisten Fällen wird dem zu Beteiligenden der einzulegende Betrag überhaupt nicht ausgehändigt, da die Übergabe des Geldes gem. § 930 und 931 ersetzbar ist oder der Geschäftsinhaber dem zu Beteiligenden einen der Einlagehöhe entsprechenden Anspruch gegen seine Bank zediert. Ansonsten leistet der Beschenkte die Einlage unmittelbar nach Erhalt, wobei man dies wiederum mit der Auflage oder Bedingung, den verschenkten Betrag einzulegen, absichern kann. Spätestens mit Leistung der Einlage hat der Beschenkte wirtschaftlich ebensoviel erlangt wie derjenige, dem die Beteiligung ohne tatsächliche Eigenleistung schenkweise in dem Gesellschaftsvertrag dadurch zugewendet wird, daß der Wert der Beteiligung mittels Umbuchung oder Gutschrift in den Geschäftsbüchern oder einer Überbewertung der Einlage bzw. Unterbewertung des Geschäftsvermögens festgelegt wird.

1) siehe oben S. 106 ff.

In beiden Fällen ist mit Gründung der stillen Gesellschaft das Vermögen des Beschenkten nur um einen schuldrechtlichen Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös bereichert. Dennoch bestehen nach Ansicht der Rechtsprechung beachtliche, nämlich die Wirksamkeit des Beteiligungsverhältnisses betreffende Unterschiede:

Während bei schenkweiser Beteiligung ohne tatsächliche Einlageleistung zur Wirksamkeit der Schenkung die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages erforderlich wird, ist bei den oben behandelten Fällen die Form des § 518 Abs. I entbehrlich. Betrachtet man nun den rechtlich zulässigen Weg, mit vertraglichen Formulierungen § 518 Abs. I auszuschalten, so stellt man sich mit Hueck die Frage¹⁾, ob es nicht vernünftig sei, im Falle schenkweiser Beteiligung oder Unterbeteiligung generell auf die Formalisierung im Sinne des § 518 Abs. I zu verzichten.

Selbst wenn man die Frage bejaht, ist die Praxis gezwungen, unter allen Umständen die Ansicht der Rechtsprechung zu berücksichtigen²⁾. Zwar erkannte früher die Finanzverwaltung Verträge über die Gründung einer stillen Gesellschaft zwischen Eltern und Kindern und die Schenkung des Kapitalanteils durch die Eltern an das Kind, die in zahlreichen Fällen ohne notarielle Beurkundung abgeschlossen worden sind³⁾, steuerlich an, weil die buchmäßige Vollziehung der Schenkung als die nach § 518 Abs. II den Formmangel heilende "Bewirkung der versprochenen Leistung" angesehen wurde.

1) Hueck, NJW 53, 138.

2) So auch Böttcher- Zertmann, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, S. 55 f.

3) Vgl. BFH - Schreiben vom 8.12.75 - IV B 2 - S. 2241 - 115/75, abgedruckt in MittBayNot 75, 287.

Doch hat das Urteil des BFH vom 19.9.74 - IV.R - einen Schlußstrich unter diese Praxis gezogen¹⁾. Der BFH entschied hier, daß die stille Beteiligung oder Unterbeteiligung eines Kindes am Handelsge-
werbe oder Mitunternehmeranteil seines Vaters, die auf einer Schenkung des Vaters an das Kind beruht, steuerlich nur anerkannt wird, wenn der Schenkungsvertrag und der Gesellschaftsvertrag, der mit dem Schenkungsvertrag eine Einheit bildet, gemäß § 518 Abs. I notariell beurkundet ist²⁾.

Ohne notarielle Beurkundung sei das Kind nach der Rechtsprechung des BGH nicht in der Lage, im Falle der Auflösung der Gesellschaft einen Anspruch auf Zahlung des Kapitalbetrages, der bei rechtswirksamer Zuwendung der Beteiligung als Einlage des Kindes anzusehen wäre, gerichtlich durchzusetzen³⁾.

1) BFH, BStBl 75, 143.

2) "Der zivilrechtliche Auseinandersetzungsanspruch wäre gleichwohl nicht durchsetzbar, soweit der BGH bei seiner Rechtsprechung bleibt." BFH, BStBl 75, 143.

3) Das BFH-Urteil vom 19.9.74 hat keine Bedeutung für den Eintritt von Kindern in ein Einzelunternehmen oder in eine Personengesellschaft als Komplementär oder Kommanditist. Liegt dem Erwerb des Gesellschaftsanteils eine nicht notariell beurkundete Schenkung zugrunde, so wird der Formmangel durch den Eintritt in die Gesellschaft geheilt, weil der eintretende Gesellschafter im Wege der Anwachsung Miteigentum am Gesellschaftsvermögen erlangt und dadurch die Schenkung i.S.d. § 518 Abs. II vollzogen wird. BB 76, 21; MittBayNot 75, 287; BuMin der Finanzen, Schreiben vom 8.12.75, BStBl 75, 1130.

4. Einzelheiten über den Inhalt der Schenkungsversprechen.

Die Schenkungsversprechen der Praxis zeichnen sich durch detaillierte Vereinbarungen aus. Je nach ihrer inhaltlichen Ausgestaltung lassen sie sich in bestimmte Gruppen gliedern, von welchen im folgenden jeweils ein Beispiel mit den wesentlichen und charakteristischen Vertragsabreden dargestellt wird.

- a) Schenkung unter Vereinbarung eines Rechts zur weiteren Nutzung des Geschenkes durch den Schenker.

Sehr häufig sind Schenkungsverträge, mit welchen die Eltern ihren noch minderjährigen Kindern¹⁾ Grundstücke

-
- 1) Soweit solche Schenkungen dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, können sie von ihm selbständig angenommen werden (§ 107). Für den Geschäftsunfähigen können sie von seinen Eltern aufgrund teleologischer Reduktion des § 1795 Abs. I Nr. 1 und Abs. II abgeschlossen werden. Palandt-Diederichsen, § 1629 Anm. 4, Palandt-Heinrichs, § 181 Anm. 2 c bb; Staudinger-Reuss, § 516 Rz 2; MünchKomm-Kollhosser, § 516 RdNr. 11; BGHZ 59, 236, 240 = NJW 72, 2262; BGH NJW 75, 1885; BFH NJW 77, 356.

Sind die Schenkungen mit Nachteilen verbunden, bedürfen sie der Zustimmung eines nach § 1909 zu bestellenden Ergänzungspflegers. Es besteht in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit, daß nicht jeder entfernte geringfügige rechtliche Nachteil, der mit einer Schenkung verbunden ist, die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich macht. Treffen den Minderjährigen beim Vollzug einer Grundstücksschenkung öffentliche Lasten, wie Steuern, Abgaben und Gebühren, ist das Rechtsgeschäft nach hM nicht rechtlich nachteilhaft, denn die öffentlichen Lasten treten nicht aufgrund des Rechtsgeschäftes, sondern kraft öffentlichen Rechtes ein, welches Pflichten an die Eigentümerstellung knüpft. Ein Rechtsnachteil im Sinne des § 107 ist nur gegeben, wenn den Minderjährigen privatrechtliche Pflichten treffen. MünchKomm-Kollhosser, § 107 RdNr. 8; BayObLG OLGE 18, 212; BayObLG NJW 67, 1912 f m. weit. Nachw.; OLG München DNotZ 39, 206; Soergel-Hefermehl § 107 Rz 1; Palandt-Heinrichs § 107 Anm. 2.

Da durch den schuldrechtlichen Schenkungsvertrag (Schenkungsversprechen) noch keine öffentlichen Lasten begründet werden, stellt sich insoweit das Problem des rechtlichen Nachteils nicht, Soergel-Hefermehl § 107 Rz 3; BGHZ 15, 168, 170.

schenken¹⁾.

Meist werfen die Grundstücke Erträge ab, sei es, daß sie landwirtschaftlich genutzt werden oder es sich um Mietshäuser oder verpachtetes Land handelt. Dann wird zugunsten des oder der Schenker in der Regel auf Lebenszeit ein Recht zur Nutzung des verschenkten Gegenstandes vereinbart²⁾, wie es anläßlich folgender schenkweiser Übertragung eines Miteigentumanteiles an einem landwirtschaftlich genutzten Grundstück geschehen ist:³⁾

In folgenden Fällen handelt es sich um vollzogene Grundstücksschenkungen:

Amtsgericht Nürnberg: VIII 331/68; 624/68; 1/73;
110/73; 115/73; 130/73; 182/73;
640/73; 142/74; 616/74; 64/75;
83/75.
Amtsgericht München: VIII 103/73; 132/73; 181/73;
356/73; 437/73; 464/73; 497/73;
681/74; 887/74; 1083/74;
1089/74; 1110/74; 1177/74;
1284/74; 1473/74.

1) RGZ 82, 149 ff; 101, 99 ff; BGH Warn 74 II Nr. 222, BayOblGZ 55, 167; OLG 16, 412.

Amtsgericht Nürnberg: VIII 225/73; 268/73; 549/73;
876/74; 3/75.

Amtsgericht München: VIII 399/73; 110/74; 839/74.

2) Entsprechende Vereinbarungen enthalten:

AG Nbg: VIII 624/68; 1/73; 115/73; 182/73; 640/73;
142/74; 3/75.

AG Mchn: VIII 103/73; 132/73; 181/73; 356/73; 437/73;
464/73; 887/74; 1083/74; 1089/74; 1177/74;
1284/74.

3) AG Nürnberg, Schenkungsvertrag vom 21.3.75, VIII 3/75.

"Aufgrund der mit dem Veräußerer getroffenen Vereinbarungen bestellen die Erwerber an dem erworbenen Miteigentumsanteil zu je 1/4 an dem in 1 angeführten Grundbesitz bzw. Miteigentumsanteil für Frau den Nießbrauch auf Lebenszeit, wonach diese berechtigt ist, die sämtlichen Nutzungen des Grundbesitzes ohne Einschränkungen zu ziehen, dem Anteil entsprechend¹⁾.

Für den Nießbrauch gelten folgende Bestimmungen:

1. Er erlischt mit dem Ableben der Berechtigten.
2. Die Nießbrauchsberechtigte ist verpflichtet, den Grundbesitz entsprechend einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung zu bewirtschaften und alle zur gewöhnlichen Instandhaltung und Instandsetzung erforderlichen Arbeiten oder Maßnahmen auf ihre Kosten vornehmen zu lassen. Außergewöhnliche Aufwendungen fallen den Grundstückseigentümern anteilig zur Last²⁾.

1) Sollen beide Elternteile nießbrauchsberechtigt sein, wird vereinbart:

"Der Nießbrauch steht den beiden als Gesamtberechtigten mit der Maßgabe zu, daß nach dem Ableben eines der beiden Beteiligten (Berechtigten) der Nießbrauch dem Überlebenden von ihnen an den beiden überlassenen Miteigentumsanteilen allein und uneingeschränkt zusteht."

Amtsgericht Nürnberg, VIII 142/74.

2) In einem anderen Schenkungsvertrag ist vereinbart: "über die Verpflichtung hinaus, die Ausbesserungen und Erneuerungen vorzunehmen, die zur gewöhnlichen Erhaltung gehören, sind die Nutzungsberechtigten verpflichtet, auch die einmaligen und wiederkehrenden Ausbesserungen und Erneuerungen zu tragen, die zur außergewöhnlichen Unterhaltung gehören." Amtsgericht Nürnberg, 876/74.

3. Die Nießbrauchsberechtigte ist verpflichtet, die während der Dauer des Nießbrauchs anfallenden mit dem Grundbesitz verbundenen öffentlichen Steuern und Abgaben, wie die Haus- und Grundsteuer zu bezahlen.
4. Im übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen. Der Jahreswert des Nießbrauchs wird auf 1.000,-- DM festgesetzt."

Entsprechende Ausgestaltungen eines Nießbrauchsrechts¹⁾ werden in Schenkungsverträgen relativ häufig gewählt, wenn Grundstücke übertragen werden sollen. Oft ist die Schenkung wirtschaftlich nur dann vertretbar, wenn dem Schenker die Erträge, wie Miet- und Pachteinahmen, bleiben. Außerdem bietet die Nießbrauchsbestellung vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten²⁾, da die Regelung des Leigalschuldverhältnisses Eigentümer/Nießbraucher positiv ist.

-
- 1) Schenkungen an Minderjährige auch bei Nießbrauchsvorbehalt durch den Schenker sind nicht rechtlich nachteilig im Sinne des § 107; RGZ 748, 321, 324; BayObLG NJW 67, 1912, 1913; MünchKomm-Gitter § 107 RdNr. 23; Soergel-Hefermehl § 107 Rz 3.
 - 2) Hörstmann, Beilage zu Heft 17, BB 70, S. 2; Roellenbleg DNotZ 73, S. 713; zur Schenkung eines Betriebsgrundstückes unter Nießbrauchsvorbehalt vgl. BFH Urteil vom 28.2.74 BB 74, 870; MittBayNot 74, 237; daneben zur Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, vgl. BFH Beschluß v. 5.3.75 - II B 61/74 - in DS 75, 1300; MittBayNot 75/196; u. BFH Urteil vom 17.9.75 - II R 42/70 - in BStBl II 76, 126; DB 76, 899; MittBayNot 76/148 außerdem DNotZ 73, 698; 75, 599; RPFleger 1974, 429 MittBayNot 74, 255.

Dabei ist jedoch zu beachten, daß nicht das Wesen des Nießbrauchs geändert werden darf. Deshalb findet man in Schenkungsverträgen auch häufig die Klausel:¹⁾

"Für den Nießbrauch gelten grundsätzlich die Vorschriften der §§ 1030 ff, soweit nicht anderes vereinbart wird."

In diesem Falle erhält der Schenker nur die gesetzlich ausgestalteten Nießbrauchsrechte am verschenkten Gegenstand. Er ist berechtigt, das Geschenk in seinem Besitz zu behalten (§ 1036) und seine Nutzungen zu ziehen (§ 1030), wobei ihn keine Ersatzpflicht für eine Wertminderung durch ordnungsgemäße Nutzung trifft (§ 1050), er aber zur Sacherhaltung und Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Bestimmung der Sache verpflichtet ist (§ 1036 Abs. II, § 1041) und die gewöhnlichen Erhaltungskosten und -lasten aus eigenen Mitteln zu bestreiten hat (§ 1041, § 1047).

Besteht die Schenkung in einer Grundstücksübertragung, gehören dazu auch der Zinsendienst für Grundpfandrechte, dagegen nicht die Tilgungsleistungen²⁾. Außerordentliche Erhaltungskosten und -lasten, die auch als auf den Stammwert angelegt anzusehen sind, hat der Nießbraucher nicht zu tragen.

1) Amtsgericht Nürnberg: VIII 182/73; 876/74; 3/75 u. 64/75.

2) Petzoldt DNotZ 72, 584.

Zu den dem Schenker in obigem Beispielsfall eingeräumten Befugnissen gehört auch die Möglichkeit, in den Grenzen ordnungsgemäßer Wirtschaft über einzelne Inventarstücke wie Mastvieh oder unbrauchbar gewordene landwirtschaftliche Geräte zu verfügen (§ 1048), wobei der Schenker nicht als Vertreter, sondern im eigenen Namen über fremdes Eigentum verfügt.

Ansonsten kann dem Nießbraucher das Recht, über die Sache zu verfügen, nicht als aus dem Nießbrauch fließendes Recht eingeräumt werden¹⁾. Es würde sich sonst um einen sogenannten Dispositionsnießbrauch handeln, der nach herrschender Meinung unzulässig ist²⁾, da eine Erweiterung der Verfügungsbefugnisse des Nießbrauchers mit dinglicher Wirkung dem Wesen des Nießbrauchs und dem Grundsatz der geschlossenen Zahl der Sachenrechte widerspricht.

Wird der Nießbrauch dem Schenker nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1030 ff eingeräumt, ist dennoch gegen eine Einordnung des Rechtsgeschäftes unter den Begriff der Schenkung nichts einzuwenden. Mit der Nießbrauchsbestellung zugunsten des Schenkers oder einer dritten Person wird nur der wirtschaftliche Wert des zugewendeten Gegenstandes gemindert.

-
- 1) Es kann ihm aber neben dem Nießbrauch eingeräumt werden, Soergel-Baur § 1030 Rz 19.
Vgl. unten S. 133 f.
 - 2) Palandt-Bassenge, § 1030 Anm. 4 d; Staudinger-Spreng, Vorbem. 8 zu § 1030; Soergel-Baur, § 1030 Rz 19.

Dies ist von den Parteien beabsichtigt und kommt im Schenkungsvertrag dadurch zum Ausdruck, daß der Jahreswert des Nießbrauchs hier beispielsweise auf 1.000,-- DM festgesetzt wird¹⁾.

Hiervon werden zwar die schenkungsbegrifflich relevanten Merkmale der Vermögensminderung auf Seiten des Zuwenders und der Bereicherung seitens des Empfängers berührt, keineswegs aber aufgehoben.

Das Vermögen des Schenkers hat sich um eine dingliche Rechtsposition, das Eigentum am Geschenk und die hieraus fließenden Rechte (§ 903) vermindert, das Beschenktenvermögen insoweit vermehrt. Wirtschaftlich betrachtet ist der Beschenkte um die Substanz, d.h. den Verkehrswert des Geschenkes bereichert, während die Nutzung und der Ertrag dem Schenker verbleiben. Er ist nunmehr lediglich Fremdbesitzer und kann den nießbrauchsbelasteten Gegenstand nur im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verwalten. Er kann ihn vor allem nicht umgestalten oder wesentlich verändern (§ 1037), so daß dem Beschenkten der verschenkte Gegenstand in seiner speziellen Beschaffenheit erhalten bleibt.

- b) Schenkung unter Vereinbarung eines neben dem Nutzungsrecht bestehenden uneingeschränkten Verwaltungsrechts.

Über das dem Nießbraucher gesetzlich zustehende ordentliche Verwaltungsrecht hinaus sucht sich der Schenker oft weitergehende Verwaltungsrechte zu erhalten²⁾.

1) Bis zum Inkrafttreten der Änderung des Erbschaftsteuergesetzes am 1.1.74 konnte zur Minderung der Schenkungssteuer der kapitalisierte Wert des Nießbrauches von dem Grundstückswert abgezogen werden. Vgl. hierzu auch unten S. 157.

2) Vgl. hierzu auch BB 71, 57; DB 72, 813; DNotZ 72, 587, 609; 73, 725.

Dies zeigen folgende Vereinbarungen, die in einem Schenkungsvertrag neben der Bestellung eines Nießbrauchs getroffen wurden:¹⁾

"Das Kind, vertreten durch seinen Pfleger, und seine Eltern sind sich darüber einig, daß den Eltern als Gesamtberechtigten gem. § 428 BGB der uneingeschränkte Nießbrauch an dem Grundstück der Gemarkung zustehen soll.

Von den Berechtigten ist für die Ausübung des Nießbrauchs kein Entgelt zu entrichten. Für den Nießbrauch gelten die gesetzlichen Bestimmungen.

Die Mietzinsen stehen ausschließlich dem Nießbraucher zu.

§ 1051 BGB wird abbedungen²⁾. Weiterhin wird als Inhalt des Nießbrauchs vereinbart:³⁾

1) Amtsgericht München, VIII 110/74.

2) § 1051 lautet: "Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet, so kann der Eigentümer Sicherheitsleistung verlangen."

3) Die folgende Vereinbarung kann nicht "Inhalt des Nießbrauchs" sein, da § 1037 nicht abbedungen werden kann, hier aber ausdrücklich dem Schenker ein Recht zu beliebiger Umgestaltung und Veränderung des Gegenstandes eingeräumt wird. Das uneingeschränkte Verwaltungsrecht wird vielmehr neben dem Nießbrauch bestellt. Zur Zulässigkeit ("Wesenskern des Nießbrauchs") vgl. unten S. 140 A. 2.

Ziehung jedweder Nutzen, auch der außergewöhnlichen und entsprechend Bestreitung der außergewöhnlichen, auf den Stammwert des Grundstücks angelegten Aufwendungen, sowie der außergewöhnlichen öffentlichen und privaten Lasten, wozu weiter die Verpflichtung gehört, Tilgungsleistungen für auf dem Grundbesitz ruhende Belastungen zu erbringen, den Grundbesitz in eigenem Namen zu versichern, die Versicherungssumme in Empfang zu nehmen, bei Zerstörung etwa auf dem Grundbesitz errichteter Gebäudeteile diese wieder aufzubauen.

Weiter ist das Recht verbunden, auf dem Grundbesitz ein Gebäude zu errichten, es umzubauen, beliebig zu gestalten und zu verändern. Die Beteiligten sind sich darüber einig, daß die Abnutzung gemäß dem Einkommenssteuergesetz, soweit gesetzlich zulässig, ausschließlich dem Nießbrauchsberechtigten zustehen soll¹⁾."

Nach dieser Vereinbarung hat der Schenker Anspruch auf alle Erträgnisse des zugewendeten Gegenstandes wie Mieteinnahmen, Versicherungsleistungen und Nutzungen jeder Art. Ohne ersatzpflichtig zu werden und demnach entgegen der für den Nießbrauch geltenden Bestimmungen des § 1039, kann er sämtliche - auch übermäßige - Früchte des Zuwendungsgegenstandes ziehen und gelangt in den Genuß aller Vorteile, die der Gebrauch des Gegenstandes gewährt, § 100.

1) Petzoldtin DNotZ 72, 588 empfiehlt einen noch sichereren Weg, damit der Schenker in den Genuß der Absetzung für Abnutzung gelangt: "Ein Ausgleich läßt sich dadurch erreichen, daß man den bürgerlich-rechtlichen Eigentümer verpflichtet, dem Nießbraucher denjenigen Betrag zu erstatten, der diesem durch Nichtgeltendmachung der AfA an Mehrsteuern entstanden ist."

Wie vor erfolgter Zuwendung, kann er weiterhin die Vermögenssubstanz verwalten, beliebig verändern und die steuerlichen Vorteile aus der im Einkommenssteuerrecht gegebenen Möglichkeit der Absetzung für Abnutzung schöpfen. Der Schenker hat sich also Rechte erhalten, die typischerweise dem Eigentümer zustehen. Sie reichen trotz erfolgter Zuwendung weiter, als die eines Treuhänders oder eines Vermögensverwalters. Dennoch ist der Empfänger um die Eigentümerposition und die hieraus fließenden Rechte, insbesondere das Verfügungsrecht bereichert. Sein Vermögen ist im Vergleich zum Vermögensstand vor der Zuwendung vermehrt. Das Rechtsgeschäft enthält trotz der Nießbrauchsbestellung und der Einräumung eines außerordentlichen Verwaltungsrechtes das Begriffsmerkmal der Bereicherung i.S.d. § 516.

- c) Schenkung unter Vereinbarung einer zusätzlichen Verfügungsermächtigung zugunsten des Schenkers.

Neben dem Recht zur Nutzung und uneingeschränkten Verwaltung kann sich der Schenker noch weitere vom Eigentum abtrennbare Rechte an der verschenkten Sache erhalten. Dies geht aus einem Schenkungsvertrag hervor, in welchem sich die Schenker bemühen, eine Verfügung des Beschenkten über das Geschenk zu verhindern und es nach Möglichkeit der eigenen Verfügungsmacht zu unterwerfen:¹⁾

1) Amtsgericht Nürnberg, VIII 268/73. Bei Minderjährigkeit des Beschenkten bedarf die Vereinbarung des uneingeschränkten Verwertungsrechtes des Schenkers der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, Soergel-Mühl, § 516 Rz 5.

"Dies ist ein Akt vorweggenommener Erbschaft. Deshalb soll zu Lebzeiten der Ehegatten eine Verfügungsmöglichkeit der Grundstückseigentümer über die Eigentumswohnung möglichst ausgeschlossen werden¹⁾. Die Erwerberin räumt deshalb den Eltern am erworbenen Miteigentumsanteil samt Sondereigentums

- a) den unentgeltlichen Nießbrauch auf Lebensdauer als Berechtigte im Sinne des § 428,
- b) das Recht ein, den Miteigentumsanteil samt Sondereigentums auf sich selbst als Berechtigte je zur Hälfte oder nach dem Tode eines von ihnen auf den Überlebenden zu übertragen, wenn
 - 1. die Eigentümerin kinderlos verstirbt;
 - 2. die Voraussetzungen nach § 530 eintreten.

Jahreswert des Nießbrauchs: 280,-- DM.

Gegenstand des Übertragungsanspruchs: 38.000,-- DM."

1) Im Falle des Schenkungsversprechens VIII 225/73 (Amtsgericht Nürnberg) lautet die entsprechende Vereinbarung:

"Rückübertragungsverpflichtung:

- a) Jeder der Erwerber verpflichtet sich für sich und seine Rechtsnachfolger, den ihm in dieser Urkunde überlassenen Grundbesitz an den Veräußerer unentgeltlich und unter Übernahme sämtlicher Kosten zurückzuübertragen, wenn er, der Erwerber, den ihm überlassenen Grundbesitz ohne Zustimmung des Veräußerers zu dessen Lebzeiten veräußert oder belastet, wobei vom Veräußerer genehmigte Grundpfandrechte samt Schulden, die durch sie gesichert werden von ihm übernommen werden,....."
- Weiteres S. 143, 148.

Eine ähnliche Klausel enthält auch die eingangs angeführte Schenkung einer Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter¹⁾. Sie lautet: "Eine Abtretung, Veräußerung, Verpfändung der stillen Beteiligung oder der daraus folgenden Ansprüche, ist nur mit schriftlicher Bestätigung des H. K. zulässig."

Die Bezeichnung "vorweggenommene Erbfolge" ist kein gesetzestechnischer Begriff, ist aber in der bürgerlich-rechtlichen und steuerrechtlichen Literatur, insbesondere in der Praxis, Sprachgebrauch geworden²⁾.

Unter vorweggenommener Erbfolge sind summarisch alle - meist unentgeltlichen - Zuwendungen zu verstehen, die ein Erblasser zu seinen Lebzeiten im Blick auf die Erhaltung seines Vermögens nach dem Tode für seine Erben vornimmt. Dazu bewegt auch der Wunsch, die Aufteilung des Vermögens unter die Nachkommenschaft noch im Einvernehmen mit den Beteiligten zu regeln.

Oft stellt aber der im Wege vorweggenommener Erbfolge zugewendete Gegenstand die Gesamtheit, mindestens aber den Großteil des Schenkervermögens dar. Da der Schenker nur beabsichtigt, die Erbfolge vorwegzunehmen, selbst aber auch noch an seinem Vermögen teilhaben will, möchte er sich noch nicht der wirtschaftlichen Grundlage seiner Existenz begeben. Zu der eigenen Absicherung gehört auch die der Ehefrau für den Fall, daß sie den Schenker überlebt.

1) Amtsgericht München, VIII 183/73 u.ä. 1015/74.

2) Westhoff DB 72, 809.

Andererseits möchte der Zuwendende aber den wesentlichen Teil seines Vermögens auf seine Kinder schenkweise übertragen und sein Vermögen mindern. Die vorweggenommene Erbfolge charakterisieren somit zwei Merkmale:

1. die Hingabe des meist gesamten Vermögens,
2. die gleichzeitige Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Schenkers.

Um beides miteinander zu vereinbaren, wird, wie oben dargestellt¹⁾, in dem Schenkungsvertrag ein Nießbrauchsrecht und ein Recht zur außerordentlichen Verwaltung zugunsten des Schenkers vereinbart. Damit der Schenker den gesamten Rechtserwerb des Beschenkten wieder revidieren kann, erhält er für den Fall des Schenkungsvollzuges²⁾ ein Rückforderungsrecht, das er unter bestimmten Voraussetzungen ausüben kann.

Weil das Geschenk dem Familienbesitz erhalten bleiben soll, um dem Schenker weiterhin als Ertragsquelle zu dienen, ist er bemüht, jegliche Verfügung des Beschenkten über das Geschenk zu verhindern und sich nach Möglichkeit das Verfügungsrecht selbst zu erhalten.

Dies kommt in einem Schenkungsversprechen deutlich zum Ausdruck, in welchem ein Bauunternehmer seinem noch minderjährigen Enkel mehrere baureife Grundstücke schenkt. Für den Beschenkten wird er, der Schenker, zum Pfleger bestellt und im Schenkungsvertrag folgendes vereinbart:³⁾

1) Vgl. oben. S. 134.

2) Zum Vollzugszeitpunkt s. oben S. 87.

3) Amtsgericht Nürnberg, VIII 876/74.

"Unbeschadet eines etwaigen Erfordernisses der vor-mundschaftsgerichtlichen Genehmigung stellen die Ver-äußerer fest, daß der vorstehend bestellte Pfleger bzw. Ersatzpfleger berechtigt sein sollen, im Rahmen einer ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung, wie sie bisher von den Eigentümern betrieben wurde, Grundstücke zu veräußern und zu belasten, und mit den daraus erzielten Erlösen andere Grundstücke zu erwerben und zu bebauen.

Im Rahmen dieser Vereinbarung wird der Pfleger zum Abschluß der schuldrechtlichen Geschäfte bevollmächtigt (§ 164) und gemäß § 185 zur Verfügung über die geschenkte Sache ermächtigt."

Gegen die Wirksamkeit einer Verfügungsermächtigung des Schenkers bestehen in rechtlicher Hinsicht keine Bedenken, auch wenn der Schenker zugleich Nießbrauchsberechtigter ist¹⁾. Eine Erweiterung der Befugnisse des Nießbrauchers auch zur Verfügung über die nießbrauchsbelastete Sache selbst (also entgegen § 1048 Abs. I) würde zwar dem Wesen des Nießbrauchs und damit dem Grundsatz der geschlossenen Zahl der Sachenrechte widersprechen, doch wird mit der Verfügungsermächtigung des Schenkers die Verfügungsbefugnis nicht zum Inhalt des Nießbrauches. Die Verfügungsbefugnis tritt als selbständiges Recht neben das Recht des Nießbrauchers. Eine derartige Verfügungsermächtigung steht also außerhalb des Nießbrauchs und läßt seinen Inhalt unberührt²⁾.

-
- 1) OLG Celle, DNotZ 74, 731 ff; Im Beispielsfall VIII 876/74 machte die dem Schenker vorbehaltene uneingeschränkte Verwertungsbefugnis und die damit im Zusammenhang erteilte unwiderrufliche Vollmacht den Überlassungsvertrag nach § 1821 Abs. I Nr. 1 genehmigungsbedürftig.
 - 2) OLG Celle DNotZ 74, 731 ff: "Zulässig ist es jedoch, dem Nießbraucher ein solches Verfügungsrecht gemäß § 185 rechtsgeschäftlich neben dem Nießbrauch einzuräumen."

Auch stellen die vorliegenden Vereinbarungen keinen Dispositionsnießbrauch dar, da der Verfügungsmächtige nicht im eigenen Namen und nicht für eigene Rechnung, sondern im Namen und für die Rechnung des Eigentümers verfügt.

Allerdings erhält der Schenker mit der Verfügungsmacht eine der wesentlichen Eigentümerpositionen. Hat er daneben noch das Nießbrauchsrecht und ein uneingeschränktes bzw. außerordentliches Verwaltungsrecht, sind die Eigentümerrechte des Beschenkten wesentlich beschränkt.

Dennoch ist das Vermögen des Beschenkten zunächst um den Anspruch auf Übereignung und nach Schenkungsvollzug um das Eigentum am Geschenk und seinen Verkehrswert vermehrt. Er steht also vermögensrechtlich besser als vor der Zuwendung und ist deshalb im Sinne des § 516 Abs. I bereichert.

Der Beschenkte bleibt auch bereichert, selbst wenn der Schenker nach Schenkungsvollzug den Schenkungsgegenstand veräußert. In diesem Falle ist der Beschenkte um den Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises bereichert, da der Schenker ja im fremden Namen und für fremde Rechnung verfügt.

Im Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises setzt sich ferner der Nießbrauch des Schenkers fort¹⁾. Wird nun der Kaufpreis bezahlt, erwirbt der Nießbraucher Eigentum an ihm, da Geld eine verbrauchbare Sache darstellt, § 1075 Abs. II.

1) Da der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises eine Forderung auf eine einmalige Leistung darstellt, ist § 1076 nicht anwendbar, weil § 1076 nur solche Forderungen erfaßt, die kraft Rechtsgeschäftes dauernde Nutzungen abwerfen sollen.

Gemäß § 1075 Abs. II zweiter Halbsatz in Verbindung mit § 1067 ist der Nießbraucher und Kaufpreiseigentümer kraft Gesetzes nun zum Wertersatz verpflichtet. Um diesen gesetzlichen Ersatzanspruch ist das Vermögen des Beschenkten weiterhin bereichert. Nun ist aber § 1067 abdingbar. Machen die Parteien hiervon Gebrauch, ist der Beschenkte ab Bezahlung des Kaufpreises an den Schenker wieder entreichert. Dasselbe gilt, wenn der Nießbrauch bis zum Tode des Nießbrauchers (wie es die Regel ist) bestellt ist und der Beschenkte sein Erbe ist, denn dann vereinigen sich mit dem Erbfall Forderung und Schuld.

Die Schenkung ist also von vorneherein mit dem jederzeit möglichen Wegfall der Zuwendungssubstanz behaftet, wenn dem Schenker ein Nießbrauchsrecht und die Verfügungsmacht am verschenkten Gegenstand eingeräumt sind und entweder § 1067 abbedungen ist oder der Beschenkte Erbe des Schenkers ist und das Nießbrauchsrecht des Schenkers mit seinem Tode erlischt. Auch dies steht aber einer Einordnung des ursprünglichen Zuwendungsgeschäfts unter die Begriffsmerkmale des § 516 Abs. I nicht entgegen. § 516 Abs. I stellt nicht darauf ab, ob die Bereicherung andauert oder Bestand hat. Es kommt allein darauf an, daß der Zuwendungsempfänger zum Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsabschlusses durch eine Zuwendung aus dem Vermögen des Vertragspartners bereichert ist.

Dies ist aber der Fall, da der Zuwendungsempfänger trotz Nießbrauchsbelastung des Zuwendungsgegenstandes und trotz Einräumung eines uneingeschränkten Verwaltungsrechtes und einer Verfügungsmacht zugunsten des Schenkers vermögensrechtlich besser steht als vor erfolgter Zuwendung.

- d) Schenkung unter Vereinbarung eines Rückübertragungs- oder Widerrufsrechtes und Absicherung dieser Rechte.

Sehr häufig sind Vertragsklauseln, nach welchen der Schenker nach vollzogener Schenkung zur Rückforderung des Geschenkes oder zum Widerruf der Schenkung berechtigt ist¹⁾.

"Herr und Frau behalten sich das Recht vor, den jeweils von ihnen übertragenen Grundbesitz von dem Erwerber bzw. von dessen Rechtsnachfolgern ganz oder teilweise zurückzuverlangen, wenn folgende Tatbestände vorliegen:

- a) Der Erwerber ohne Zustimmung der Rückerwerbsberechtigten den Vertragsgegenstand ganz oder teilweise veräußert bzw. belastet,
- b) der Erwerber verstorben ist.

Das Rückübertragungsrecht ist innerhalb von 2 Jahren nach Eintritt eines der Tatbestände auszuüben und zwar schriftlich gegenüber den Rückübertragungsverpflichteten. Das Rückübertragungsrecht ist nicht übertragbar und nicht vererblich.

.....

Die vorstehend bestellten Rückerwerbs- bzw. Erwerbsrechte erlöschen in jedem Fall mit Vollendung des 25. Lebensjahres durch den Erwerber. Zur Sicherung der bedingten Ansprüche auf Eigentumsübertragung aus dem Rückübertragungsrecht gem. bewilligen die Vertragsteile die Eintragung je einer Vormerkung²⁾

1) Amtsgericht Nürnberg, VIII 876/74; ähnlich VIII 225/73, vgl. oben S.137 ; VIII 646/74; Amtsgericht München, VIII 103/73; 437/73.

2) Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruches durch eine Vormerkung vgl. auch MittBayNot 73, 77 ff.

gem. § 883 BGB

zugunsten von

an sämtlichen Vertragsgrundstücken im Grundbuch.

Die Vormerkungsberechtigten sind jederzeit berechtigt, die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch zu beantragen.

Im übrigen erteilt der Erwerber für sich und seine Rechtsnachfolger den und zwar jeden für sich allein unwiderruflich und über den Tod hinaus

Vollmacht

in seinem Namen alle Erklärungen abzugeben, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Rückübertragungsrechte bzw. der Erwerbsrechte erforderlich und sachdienlich sind, insbesondere die Auflassung zu erklären und entgegenzunehmen.

Die Bevollmächtigten sind von der Beschränkung des § 181 befreit."

Im Falle einer schenkweisen Beteiligung vereinbaren die Parteien:¹⁾

"Die Schenkung und Aufnahme meiner Tochter geschieht unter Widerrufsvorbehalt. Ich kann die Schenkung und die Aufnahme bei mangelnder beruflicher und persönlicher Qualifikation jederzeit widerrufen. Der Widerruf ist auch möglich, falls sich meine Tochter verheiratet oder falls meine Tochter vor mir versterben sollte.

Ich, A. S. verpflichte mich, bei einem Widerruf den geschenkten Kapitalanteil unverzüglich auf meinen Vater zurückzuübertragen und aus der stillen Gesellschaft auszuscheiden."

1) Amtsgericht München, VIII 45/73.

oder:¹⁾

"Die Erwerber vereinbaren, daß Frau²⁾ je-
derzeit das Recht haben soll, die Übereignung des
1/3 Miteigentumsanteils ihres Sohnes an dem Vertrags-
besitz an sich zu verlangen."

Nach vorherrschender Meinung³⁾ ist gegen ein ver-
traglich vereinbartes Rückforderungs-, Widerrufs-
oder Kündigungsrecht jedenfalls dann nichts einzu-
wenden, wenn der Schenker das betreffende Recht nur
bei Vorliegen ganz bestimmter Voraussetzungen aus-
üben kann. Zwar sind in den §§ 527, 528 und 530 spe-
zielle Umstände aufgeführt, unter welchen der Schen-
ker zur Rückforderung des Geschenkes und zum Widerruf
der Schenkung berechtigt ist. Dennoch kann nicht von
einem *numerus clausus* der schenkungsrechtlichen Rück-
forderungs- und Widerrufsrechte die Rede sein⁴⁾.
Selbst wenn man das Schenkungsrecht als einmaliges
Sonderrecht betrachtet, widerspräche die Auffassung
von einer abschließenden Regelung der Rückforderungs-
und Widerrufsvoraussetzungen dem im Schuldrecht allge-
mein geltenden Prinzip der Gestaltungsfreiheit bei
Individualverträgen.

-
- 1) Amtsgericht München, VIII 399/73, ähnlich MittBay-
Not 74, 256.
 - 2) Es handelt sich hier um die Schenkende.
 - 3) Soergel-Mühl, § 516 Rz 5; Friedhofen, DB, 72,
458; Roellenbleg, DNotZ 73, 722; Petzoldt, DNotZ
74, 605 ff; aA Staudinger-Reuss, § 527 Rz 8;
§ 528 Rz 10.
 - 4) Westhoff, DB 72, 809 ff, 810; Petzoldt, DNotZ 74,
605; aA Staudinger-Reuss, § 527 Rz 8.

Für den Gesetzgeber bestand deshalb auch kein Anlaß, bei Normierung der Schenkungsbestimmungen auch die Zulässigkeit eines rechtsgeschäftlich vereinbarten Rückforderungs-, Widerrufs- oder Kündigungsrechtes festzulegen.

Diese Rechte widersprechen auch nicht den begrifflichen Voraussetzungen der Schenkung, selbst wenn das Rechtsgeschäft von Anfang an mit der Möglichkeit des nachträglichen Wegfalls der Bereicherung behaftet ist. Gerade in den §§ 527, 528 und 530 legt das Gesetz Tatbestände fest, bei deren Eintritt die Bereicherung des Beschenkten und die Vermögensminderung des Schenkers nachträglich wieder aufgehoben werden können, und auch mit dieser Möglichkeit ist die Schenkung von Anfang an behaftet. Den Parteien ist es unbenommen, diese gesetzlichen Tatbestände durch weitere zu ergänzen, die dem Sinn und Zweck der jeweiligen Schenkung Rechnung tragen.

Streitig ist jedoch, ob es dem Wesen der Schenkung widerspricht, wenn der Schenker zum Widerruf berechtigt ist, falls der Beschenkte das Geschenk ohne Zustimmung des Schenkers veräußert oder belastet bzw. sonst über das Geschenk verfügt, oder wenn er die Schenkung widerrufen kann, ohne vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig zu sein¹⁾.

1) Kapp, BB 71, 57 f ist der Ansicht, daß einem vertraglich vorbehaltenen Widerrufs- oder Rücktrittsrecht nur dann rechtliche Bedeutung zukommt, "wenn der Schenker die Rückgängigmachung von später eintretenden Umständen abhängig macht, die etwa der Art sind, daß sie auch ohne diesen Vorbehalt zur Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts berechtigen." Hiernach wäre der Schenker nur bei Vorliegen der dem gesetzlichen Rücktritts- bzw. Widerrufsrecht entsprechenden Voraussetzungen zum Rücktritt oder Widerruf berechtigt. Ähnlich auch Hörstmann, BB Beilage zu Heft 14/70, 2. aa; Westhoff, DB 72, 809 ff, Petzoldt, DNotZ 72, 605.

Im erstgenannten Falle kann die Ausübung des Verfügungsrechts, das wohl den Kernbereich des Eigentums darstellt, zum Wegfall der Bereicherung führen, und im zweiten Fall ist dies jederzeit, also ohne weitere Voraussetzung je nach dem Dafürhalten des Schenkers möglich.

Freilich ist die Übernahme der Verpflichtung, nicht ohne Zustimmung des Veräußerers zu verfügen, nur schuldrechtlich und im Innenverhältnis wirksam, da sie gemäß § 137 Abs. I nicht die Unwirksamkeit einer dennoch vorgenommenen Verfügung zur Folge hat.

Der Veräußerer wäre dann auf den eventuell erfolglosen Weg der Schadensersatzklage verwiesen. Auch führt der Widerruf nicht dazu, daß das Eigentum ohne weiteres auf den Veräußerer zurückfällt, da das Widerrufsrecht nur schuldrechtliche Wirkung besitzt. Der Veräußerer müßte erforderlichenfalls auf Rückübertragung klagen.

Beide Umständlichkeiten können jedoch weitgehend vermieden werden, wie die oben angeführten Vereinbarungen einer Rückauflassungsvormerkung zugunsten des Schenkers und die Einräumung einer unwiderruflichen Vollmacht unter Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens zeigen. Mit der Bestellung der Rückauflassungsvormerkung sichert sich der Schenker davor, bei einer Verfügung des Beschenkten auf den Weg des Schadensersatzes verwiesen zu werden. Da nunmehr ihm gegenüber die Veräußerung unwirksam ist, kann er das Geschenk in seiner Substanz zurück- erhalten. Zwar ist die Verfügungsbefugnis des Erwerbers nicht ausgeschlossen, selbst wenn zugunsten des Veräußerers die Rückauflassungsvormerkung eingetragen ist.

Insoweit ist Westhoff zuzustimmen, der damit argumentiert, daß dem Beschenkten trotz Ausschlusses der Verfügungsbefugnis ein Kernbereich des Eigentums verbleibt¹⁾.

Doch gerät der Beschenkte bei der Ausübung seiner Verfügungsbefugnis in die unmittelbare Gefahr, das Geschenk wieder zurückgeben zu müssen, also entreichert zu werden.

Aus diesem Grunde ist zumindest fraglich, ob man die Bereicherung im Sinne des § 516 Abs. I tatsächlich mit der zwar unabdingbaren Verfügungsbefugnis des Erwerbers erklären kann, weil die Bereicherung eben nur in der faktischen Ausübbarkeit der Verfügungsbefugnis liegt und ihre Ausübung den Verlust des Geschenkes zur Folge haben kann.

Macht der Schenker sein Rückforderungsrecht geltend, führt dies nicht dazu, daß das Eigentum ohne weiteres auf den Veräußerer zurückfällt. Doch gestattet die Vereinbarung der unwiderruflichen Vollmacht unter Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181) dem Schenker und Rückforderungsberechtigten, auf einfachem Weg wieder das Eigentum am Geschenk zu erhalten. Er spart sich die Umstände einer Klage, da er jederzeit selbst die zur Rückübertragung erforderlichen Erklärungen abgeben kann. Dennoch bleibt auch bei Vereinbarung der Rückauflassungsvormerkung, der unwiderruflichen Bevollmächtigung und der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens die Verfügungsbefugnis beim Erwerber, selbst wenn außer ihm auch der Veräußerer zur Verfügung ermächtigt ist.

1) Westhoff, DB 72, 809.

Dem vorgemerkten Anspruch entgegenstehende Verfügungen sind nicht absolut, sondern nur relativ unwirksam. Ihre Unwirksamkeit hängt letztlich davon ab, daß der Veräußerer seinen Rückauflassungsanspruch geltend macht. Schließlich kann die Verfügung absolut wirksam werden, wenn der Vormerkungsberechtigte sie genehmigt oder die Vormerkung erlischt. Wird die Rückauflassungsvormerkung zudem mit dem Vermerk ins Grundbuch eingetragen, daß zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll, so kann der Erwerber auch nach Geltendmachung des Rücktrittsrechtes, ohne daß das Eigentum umgeschrieben ist, das Eigentum weiter übertragen, wenn der Veräußerer zwischenzeitlich verstorben ist. Denn durch Vorlage¹⁾ der Sterbeurkunde erreicht er dann eine Löschung der Rechte und hat lastenfreies Eigentum.

Auch ein Vergleich mit der Auflagenschenkung zeigt, daß die oben dargestellten Widerrufsklauseln der rechtlichen Einordnung unter die begrifflichen Merkmale der Schenkung nach § 516 nicht entgegenstehen.

Bei der Auflagenschenkung kann anerkanntermaßen der Wert der Auflage den Wert der Schenkung vollständig ausgleichen, ohne daß dadurch die Schenkung und insbesondere ihre Merkmale, wie die Entreicherung des Schenkers und Bereicherung des Beschenkten beeinträchtigt werden, selbst wenn die Aufлагenerfüllung zum Vorteil des Schenkers ist²⁾.

1) Petzoldt, DNotZ 72, 606.

2) HM, vgl. Oertmann, Kommentar, Anm. 4 zu § 525; Planck, Anm. 2 zu § 525; v. Tuhr, § 75, S. 169; Coing, NJW 49, 260; Staudinger-Reuss, § 525 Rz 7; Lammfromm, S. 78 ff.

Deshalb ist es rechtlich auch zulässig, das Rückforderungs- oder Widerrufsrecht im Sinne einer Auflage zu formulieren:

"Die Schenkung erfolgt unter der Auflage, das Grundstück nicht ohne Zustimmung des Übergebers zu veräußern oder zu belasten."

Treffen die Parteien eine dementsprechende Bestimmung, oder gestattet die gewählte Formulierung diese Auslegung, so gibt § 527 dem Schenker ein Rückforderungsrecht.

Auch die Vereinbarung eines jederzeit ausübbarren Widerrufsrechts widerspricht nicht den Begriffsmerkmalen der Schenkung. Die Vermögensminderung seitens des Zuwenders und die Bereicherung des Empfängers müssen objektiv vorhanden sein¹⁾. Trotz Vorbehalts eines jederzeit ausübbarren Widerrufsrechts mindert sich in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht das Schenkervermögen um das Eigentum und um den Verkehrswert des Geschenkes.

e) Schenkung zur Erreichung besonderer wirtschaftlicher Zwecke.

Bezeichnend für zahlreiche Schenkungen ist ein Schenkungsvertrag, in welchem die Parteien klar die Zwecke der Schenkung zum Ausdruck bringen. Er ist beispielhaft dafür, daß Schenkungsversprechen nicht aus Altruismus, sondern aus wirtschaftlichen Gründen abgeschlossen werden.

1) Staudinger-Reuss, § 516 Rz 5; MünchKomm-Kollhosser, § 516 RdNr. 9; Soergel-Mühl, § 516 Rz 27.

Um den Zweck der Schenkung von vornherein klarzustellen, führen die Parteien in einer "Vorbe-merkung" zum Schenkungsvertrag z.B. aus:¹⁾

" Herr K. ist bei der Fa. Autohaus F. KG mit dem Sitz in B. als Kommanditist beteiligt. Aufgrund des in diesem Jahre neu gefaßten-Haupt-
händlervertrages, welcher auch mit der genannten Firma besteht, treten nach Art. 18 dieses Vertrages für alle Gesellschafter, die mehr als 10 % Beteiligung am Gesamtkapital der bezeichneten Firma halten, schwerwiegende Folgen dadurch ein, daß 6 Monate nach ihrem Ableben der Haupthändlervertrag von selbst ausläuft und die Firma sich um einen-Haupthändlervertrag bemühen kann.

Durch ein Schreiben der-Werke AG in Köln vom 28. Sept. 1972 ist in dem besonderen Fall des Autohauses F. KG in B. aufgrund des hohen Fremdmittelbedarfes geklärt worden, daß Schwierigkeiten in dieser Hinsicht nur zu erwarten sind, falls die nachfolgenden Gesellschafter unbekannt sind. Um diese Folgen zu mildern, hat die Gesellschafterversammlung des Autohauses F. KG in B. am 17.4.72 eine Ergänzung des Gesellschaftervertrages beschlossen, wonach es den Gesellschaftern gestattet ist, Angehörige als atypische stille Gesellschafter für ihre Kommanditeinlage aufzunehmen.

Der nachfolgende Vertrag über die Aufnahme von Frl. U. K. als stille Gesellschafterin hinsichtlich des Kommanditanteils des Gesellschafters K. erfolgt aus rein wirtschaftlichen Erwägungen zur Sicherung des Fortbestandes der Fa. und der Kommanditbeteiligung daran.

1) Amtsgericht München, VIII 183/73.

Demgemäß schließen Herr K. und seine Tochter, Frll. U. K. den nachfolgenden Vertrag über die Gründung einer stillen Gesellschaft."

Im Anschluß daran folgt die Schenkungsabrede, die wie folgt lautet:

"Herr räumt seiner Tochter, Fräulein, an der vorstehenden Kommanditbeteiligung im Verhältnis unter den Vertragsteilen einen Anteil von 10 % ein.

Der bezeichnete Anteil erstreckt sich als atypische stille Beteiligung auch auf die anteiligen offenen Rücklagen und stillen Reserven der Fa.KG, soweit diese dem Kommanditanteil des Herrn zuzurechnen sind."

Danach wird in einem Gesellschaftsvertrag der Gegenstand, Beginn und Dauer der Gesellschaft, die Höhe der Gewinnbeteiligung, die Gewinnverwendung, die Verlustbeteiligung, die Abtretung der Beteiligung, Kontroll- und Stimmrechte, die Kündigung, Auseinandersetzung, ein Konkurrenzverbot und die Möglichkeit einer Umwandlung in einen Kommanditanteil niedergelegt.

III. Entwicklung eines neuen Schenkungstyps:

1. Eine an Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit orientierte Schenkung.

Die Vereinbarung des Nutzungsrechts, des uneingeschränkten Verwaltungsrechts und der Verfügungsermächtigung vermitteln dem Schenker Rechte, die er auch schon vor Vollzug der Schenkung kraft seiner Eigentümerstellung hatte. Rückforderungsrecht, Kündigungsmöglichkeit und jederzeit ausübbares Widerrufsrecht geben ihm die Möglichkeit, das Geschenk bei Eintritt bestimmter Umstände oder auch ganz nach seinem Belieben wieder zurückzufordern, wobei die unwiderrufliche Vollmacht, die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens und die Auflassungsvormerkung einen reibungslosen Rückerwerb sicherstellen sollen.

Der Schenker behält sich diese Rechtspositionen und rechtlich abgesicherten Befugnisse aus ganz bestimmten Zwecken vor, wie es in manchen Fällen wörtlich dem Schenkungsvertrag zu entnehmen ist:

" Dies ist ein Akt vorweggenommener Erbfolge¹⁾."

1) Amtsgericht Nürnberg, VIII 268/73; vgl. oben S. 136.

"Der nachfolgende Vertrag erfolgt aus rein wirtschaftlichen Erwägungen zur Sicherung des Fortbestandes der Firma und der Kommanditbeteiligung daran¹⁾."

"Der Übergeber verpflichtet sich, zum Zwecke der Auseinandersetzung der Gemeinschaft²⁾."

Der Zweck der Schenkung, die Erbfolge vorwegzunehmen³⁾, erfordert vor Vertragsabschluß eine sorgfältige und gewissenhafte Abwägung der Interessen der Parteien und eine Überprüfung der Vermögensverhältnisse. Auch ist der zukünftigen Entwicklung des zu Beschenkenden Rechnung zu tragen. Da es sich bei dem Zuwendungsgegenstand sehr oft um eine Vermögensmasse handelt, an der neben dem Schenker noch andere teilhaben, ist zwangsläufig eine Auseinandersetzung über die mit der Zuwendung eintretenden Veränderungen vorausgesetzt. Nach dem Schenkungszweck soll zwar das Vermögen auf den Beschenkten übergehen, doch will sich der Schenker noch nicht vollständig seiner wirtschaftlichen Existenz begeben. Nach seinem Tode soll der Ehepartner finanziell gesichert sein, da das verschenkte Vermögen nicht mehr zur Erbmasse gehört.

Mit der vorweggenommenen Erbfolge werden auch steuerliche Vorteile bezweckt⁴⁾.

1) Amtsgericht München, VIII 183/73; vgl. oben S. 151.

2) Amtsgericht München, VIII 839/74.

3) Zur vorweggenommenen Erbfolge vgl. auch oben S. 138 f.

4) Haegele-Litfin, RdNr. 1 ff; Halmburger, insbes. S. 143 ff, Rosenau, S. 56 ff, S. 68 ff.

Überträgt der künftige Erblasser zu Lebzeiten sein Vermögen oder einen Teil davon auf seine zukünftigen Erben, so liegt der steuerliche Vorteil für den Erblasser vor allem darin, daß sich Gewinne aus dem zugewandten Vermögen bei ihm nicht mehr steuererhöhend auswirken können. Die Übertragung der Einkunftsquelle (beispielsweise eines Mietshauses) führt zu originären Einkünften beim Beschenkten, die dann auch bei diesem zu versteuern sind.

Diese Überlegung gewinnt gerade bei der Übertragung von Betriebsvermögen entscheidende Bedeutung¹⁾, die einkommenssteuerlichen Vorteile können die Einsparungsmöglichkeiten bei der Erbschaftssteuer oft weit übersteigen.

Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Vater hohe Einkünfte bezieht und dem nicht oder nur gering verdienenden Sohn eine seiner Einkunftsquellen überträgt. Die Einkommenssteuer des Vaters mindert sich um einen größeren Betrag, als sie sich beim Sohn erhöht²⁾.

Bis zum Inkrafttreten der Änderungen des Erbschaftssteuergesetzes am 1.1.74 verfolgten die Parteien insbesondere mit der Nießbrauchsbestellung den Zweck, die Schenkungssteuer zu mindern. Nach der früheren gesetzlichen Regelung führte die Nießbrauchsbestellung zugunsten des Schenkers dazu, daß sich der für die Bemessung der Schenkungssteuer maßgebende Wert der Schenkung erheblich verminderte.

1) Halmburger, S. 292.

2) Vetzberger, DStR 72, 231; Halmburger, S. 293.

Denn zur Berechnung der Schenkungssteuer konnte der kapitalisierte Wert des Nießbrauchs von dem Grundstückseinheitswert abgezogen werden¹⁾.

Die vertragliche Vereinbarung weitgehender Widerrufsrechte und Kontrollrechte zugunsten des Schenkers, der Vorbehalt eines Nutznießungsrechtes zugunsten des Ehepartners, die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses im Falle der wirtschaftlichen Verwertung des Geschenkes durch den Beschenkten, die ausführliche Gewinnentnahmebestimmung und die Niederlegung ordentlicher und außerordentlicher Kündigungsgründe vermitteln dem Schenker erhebliche, die Rechtsbeständigkeit und wirtschaftliche Nutzung des Geschenkes berührende Rechte sowie eine Möglichkeit, auf die persönliche und berufliche Entwicklung des Beschenkten Einfluß zu nehmen.

-
- 1) Allerdings unter Berücksichtigung der Einschränkung des § 16 BewG, die den zur Berechnung der Kapitalisierung des Nießbrauchs maßgeblichen Jahreswert des Nießbrauchs auf 1/18 des Vermögenswertes begrenzte, vgl. Petzoldt in BB 74, 1020 f. Die früher Beschenkten gegebene Möglichkeit, gem. § 31 ErbStG in der Fassung vom 1.4.59 auf Antrag Aussetzung der Besteuerung bis zum Erlöschen des Nießbrauchs zu erreichen, mit der Folge, daß der Erwerb ohne Abzug des Nießbrauchswertes beim Erlöschen zu den dann geltenden Tarifen und Werten zu versteuern war, ist nun praktisch zur Regel geworden. Nach der neuen gesetzlichen Regel des § 25 ErbStG ist die Versteuerung nach Wahl des Erwerbers entweder
- a) bis zum Erlöschen der Belastung in dem Verhältnis auszusetzen, in welchem ihr Jahreswert zum Jahresertrag des gesamten Erwerbs steht oder
 - b) sofort ohne Abzug der Belastung durchzuführen, wobei jedoch die Steuer, die dem Kapitalwert der Belastung entspricht, bis zu deren Erlöschen zinslos gestundet wird. Damit entfällt die Möglichkeit, durch Nießbrauchsvorbehalte Schenkungssteuer zu sparen. Vgl. Petzoldt, aaO, S. 1020.

Diese Vertragsklauseln sind Ausfluß der rationalen Erwägungen des Schenkers vor erfolgter Zuwendung. Sie belegen, daß wirtschaftliche und an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientierte Überlegungen die Schenkung veranlaßten.

Vielseitige Überlegungen gehen dem Vertragsschluß voraus und gerade zur schenkweisen Einräumung einer Beteiligung oder Unterbeteiligung motivieren praktische Gesichtspunkte.

Unternehmer finden oft schwer einen geeigneten Nachfolger, der allmählich in den späteren Wirkungskreis hineinwachsen kann. Es bietet sich dann hier die schenkungsweise Einräumung einer Unterbeteiligung oder Beteiligung von Abkömmlingen an, bei welcher eine nicht besonders starke und relativ leicht auflösbare Rechtsstellung eingeräumt wird¹⁾. Der Abkömmling kann bereits frühzeitig mit den Geschäften des Seniors vertraut gemacht werden. Seine Erziehung und Ausbildung sind noch mit dem unternehmerischen Interesse abstimmbar. Vor allem aber wird das eigene wirtschaftliche Interesse des Abkömmlings durch die Schenkung gesteigert.

So eignen sich Unterbeteiligung und typische stille Beteiligung als Übergangsgestaltung oder Vorstufe²⁾ zur späteren Anteilsübertragung oder Geschäftsübergabe.

Ein anderes Motiv gerade zur schenkungsweisen Einräumung einer Unterbeteiligung liegt auch darin, daß Gesellschaftsverträge häufig die Abtretung eines Gesellschaftsanteiles verbieten.

1) Sudhoff, S. 55; Halmburger, S. 174.

2) Halmburger, S. 174; Haegele-Litfin, Handbuch der Familienunternehmen, RdNr. 1 u. 25 ff.

Wie eingangs ausgeführt¹⁾, besteht nun ein wesentlicher Vorteil der Unterbeteiligung darin, daß der Unterbeteiligte rechtlich nicht mit der Gesellschaft in Beziehung tritt, weshalb die Gesellschafter von einer Unterbeteiligung keine Kenntnis zu erlangen brauchen. Dadurch wird möglich, in Fällen, in denen die Gesellschafter über ihre Beteiligung ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht verfügen dürfen, die Unterbeteiligung als Ersatz für eine Abtretung der ganzen oder eines Teils der Beteiligung zu wählen²⁾.

Auch kann die schenkungsweise Einräumung einer bloßen Unterbeteiligung auch dort, wo an sich eine offene Abtretung möglich wäre, zu dem Zweck erfolgen, die Unterbeteiligung geheim zu halten oder weil der Unterbeteiligte nur mittelbar die Geschäftsführung ausüben soll³⁾.

Zur schenkungsweisen Einräumung einer stillen Beteiligung motiviert, daß sie sehr gut geeignet ist, Minderjährige bereits am Ertrag eines Unternehmens zu beteiligen, ohne ihnen bzw. ihrem Pfleger und dem Vormundschaftsgericht unternehmerische Entscheidungen aufzubürden bzw. einräumen zu müssen und ohne ihnen ein über die geschenkte Beteiligung hinausgehendes Verlustrisiko zu übertragen⁴⁾.

1) Vgl. oben S. 102, 103.

2) BFH v. 4.12.58, I 84/58 U; BB 59, 402; DB 59, 751; Halmburger, S. 175.

3) Sudhoff, S. 54.

4) Zur Zweckmäßigkeit der Einräumung stiller Beteiligungen vgl. Halmburger, S. 163, Haegele-Litfin, S. 171; außerdem Hoffmann, DStR 72, S. 225. Die schenkweise Zuwendung einer Unterbeteiligung an einen Minderjährigen ist bei Teilnahme am Verlust ein rechtlich nachteiliges Geschäft im Sinne des § 107; OLG Hamm DB 74, S. 424; MünchKomm-Gitter, § 107 RdNr. 24 b jj.

Es wirkt sich vorteilhaft aus, daß die Beteiligung zunächst nach außen nicht in Erscheinung zu treten braucht und schließlich mit genau voraussehbaren Belastungen und ohne Auseinandersetzungen über die Fortführung wieder gelöst werden kann¹⁾. Die Kündigung des stillen Gesellschafters führt zum sofortigen Ausscheiden des Stillen, wobei er nur seine Einlage zurückerhält, ohne Anspruch auf eine anteilige Abgeltung stiller Reserven zu haben, der eventuell die Unternehmenssubstanz gefährden könnte²⁾.

Auch dann, wenn der Schenker nicht wünscht, daß Abkömmlinge in seinem Unternehmen mitwirken, weil sie nicht die erforderliche Eignung besitzen oder kein Interesse haben oder eventuell mit ihrem Ehepartner bereits eine eigene Existenzgrundlage geschaffen haben, kann der Schenker mit der schenkungsweisen Einräumung einer stillen Beteiligung Versorgungsgesichtspunkten Rechnung tragen, ferner können die spätere Entstehung von Pflichtteilsansprüchen beim Tode der Eltern abgewendet und außerdem eventuellen für die Unternehmensnachfolge vorgesehenen Kindern Auseinandersetzungen erspart werden, da die Rechte des stillen Gesellschafters nicht ausreichen, um die Unternehmensführung maßgebend zu beeinflussen³⁾.

Hat der Hauptbeteiligte oder Geschäftsinhaber mehrere erbberechtigte Abkömmlinge und neben seiner Beteiligung oder seinem Geschäft kein nennenswertes Vermögen, bietet sich für eine gerechte Erbfolgeregelung häufig als Ausweg die Unterbeteiligung oder stille Beteiligung an.

1) Böttcher-Beinert, S. 45.

2) Halmburger, S. 163.

3) Böttcher-Beinert, S. 45; Halmburger, S. 163.

Bei einer solchen Regelung ist dann zu beachten, daß der Nachfolger bei frühem Tod des Unternehmers oder wegen seiner gesundheitlichen Lage unter Umständen schon bald in dessen Stellung wird einrücken müssen. Der Unternehmer ist deshalb gehalten, dem Nachfolger zumindest einen mit Eigenverantwortung verbundenen Teil der Führungsaufgaben zu übertragen und ihm die Möglichkeit zur Bewährung zu geben. Der Unternehmer kann sich dann als Aufsichts- oder Beiratsvorsitzender noch weitgehend selbst betätigen¹⁾.

2. Begriffliche Einordnung

Nutzungsrecht, uneingeschränktes Verwaltungsrecht und Verfügungsmacht gewähren dem Schenker Rechtspositionen, die er schon vor der Zuwendung an dem verschenkten Gegenstand hatte, nur waren sie zu dieser Zeit nicht vom Eigentum getrennt, sondern dessen Bestandteile.

Aus den Schenkungszwecken geht hervor, daß der Schenker diese Rechte behalten möchte, den Schenkungsgegenstand möglichst ohne sie übergeben will:

Grundsätzlich beabsichtigt der Veräußerer, sich trotz erfolgter Vermögensübertragung, seine wirtschaftliche Existenz zu bewahren. Um auch weiterhin die Einkünfte aus dem Schenkungsgegenstand erzielen zu können, muß er sich bestimmte Rechte sichern. Hierzu soll in erster Linie das Nießbrauchsrecht dienen.

Damit er auch die zu erzielenden Einkünfte je nach seinem Dafürhalten und Geschäftssinn gewinnbringend anlegen kann, benötigt er ein Recht, das ihm eine wirtschaftliche und sinnvolle Verwertung des Gegenstandes erlaubt. Hierzu dienen das uneingeschränkte Verwaltungsrecht und das Verfügungsrecht.

1) Haegele-Litfin, RdNr. 1, S. 1.

Ein Recht zum Widerruf, zur Rückforderung oder Kündigung gestattet ihm schließlich, das verschenkte Gut ganz oder teilweise wieder an sich zu ziehen, wenn es die eigene wirtschaftliche Existenz erfordert oder sonstige Überlegungen dazu raten. Dabei ist er nicht darauf angewiesen, den Eintritt des Notbedarfs im Sinne des § 528 abzuwarten oder in einem eventuell mehrstufigen Gerichtsverfahren feststellen zu lassen, ob "grober Undank" im Sinne des § 530 vorliegt.

Dem Schenker kommt es somit darauf an, sich Rechte zu bewahren. Demzufolge interessiert ihn allenfalls, einen Gegenstand ohne jene ihm ursprünglich schon zustehenden Rechtspositionen zu übertragen. Vermögensrechtlich soll nach erfolgter Schenkung sein Vermögen nicht um ein Nutzungs-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht, sondern nur um den substantiellen Wert des Schenkungsgegenstandes vermindert sein. Die wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten sollen dagegen in seinem Machtbereich bleiben.

Die hierfür erforderliche zivilrechtliche Konstruktion und Ausgestaltung des Schenkungsvertrages kann den Parteien regelmäßig gleichgültig sein, wenn nur das Ziel erreicht wird, den Schenkungswert herabzusetzen und die gewünschten Rechtspositionen dem Schenker zu erhalten. Hierzu ist nur erforderlich, daß der Schenker sein Vermögen weniger stark mindert und damit korrespondierend das des Beschenkten weniger stark mehrt.

Um sich das Nutznießungsrecht und das gewöhnliche Verwaltungsrecht am Schenkungsgegenstand zu erhalten, kann sich der Schenker noch in seiner Person als Sacheigentümer beispielsweise den Eigentümergebrauch bestellen¹⁾.

Die schenkweise Zuwendung liegt dann in der Übertragung der Nießgebrauchsbelasteten Sache. Die schenkungsrechtlich relevante Vermögensminderung und Bereicherung entsprechen dann der Differenz von Sach- und Nießbrauchswert. Die Zuwendung ist einheitlich unentgeltlich und nicht teilweise entgeltlich.

Anders ist die Rechtslage, wenn die Parteien im Schenkungsvertrag (Schenkungsversprechen) den Nießbrauch zugunsten des Schenkers vereinbaren und der Nießbrauch erst nach Schenkungsvollzug, also im Anschluß an die Übereignung des Gegenstandes bestellt wird. In diesem Falle vermindert sich das Vermögen des Schenkers zunächst um den Wert des zugewendeten Anspruches auf Übereignung des Gegenstandes und wird erst danach um den Wert des Anspruches auf Nießbrauchsbestellung wieder bereichert. Die Begründung dieses Anspruchs stellt dann eine Zuwendung des Beschenkten an den Schenker dar.

Auch die Vereinbarung des uneingeschränkten Verwaltungs- und des Verfügungsrechts ist eine Zuwendung an den Schenker, da unser Rechtssystem ein "Aufrechterhalten" dieser Rechte im Vermögen des Schenkers nur mittels einer schuldrechtlichen Vereinbarung von Schenker und Beschenktem und der dinglichen Ermächtigung durch den Beschenkten zuläßt.

1) Zum Eigentümer- oder Eigennießbrauch vgl. Palandt-Bassenge Anm. 3 zu § 1030.

Es ist also dem Schenker verwehrt, einseitig ohne Mitwirkung des Beschenkten vor der schenkweisen Vermögensübertragung ein obligatorisches Verwaltungsrecht und ein dingliches Verfügungsrecht gewissermaßen vom Sacheigentum abzutrennen und sich zu erhalten. Allerdings kann der Schenker an seine Zuwendung die aufschiebende Bedingung knüpfen, daß ihm Verwaltungs- und Verfügungsmacht bleiben sollen. Der Bedingungseintritt hängt aber wiederum von der obligatorischen Vereinbarung des Verwaltungsrechts und der Ermächtigung zur Verfügung ab. Beide Rechte werden dem Schenker vom Beschenkten zugewendet.

Es könnte somit ein teilweise entgeltliches Rechtsgeschäft und deshalb ein Fall der gemischten Schenkung gegeben sein.

Nach der Definition der Rechtsprechung¹⁾ ist ein Erwerb entgeltlich, wenn er kraft Gesetzes oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung abhängig ist von einer als Ausgleichung aufgefaßten eigenen Zuwendung in dem Sinne, daß er nur zusammen mit dieser endgültig sein soll, wobei jene Abhängigkeit sowohl durch wechselseitige Verpflichtung als auch durch Setzen einer entsprechenden Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszweckes geschaffen sein kann (sogenannte synallagmatische, konditionale, kausale Verknüpfung).

1) RGZ 163, 348 ff; BGH NJW 51, 268; BGH WM 67, 1131; 71, 1338, 1341.

Dementsprechend sind nach herrschender Lehre¹⁾ Zuwendungs-geschäfte entgeltlich, wenn nach dem im Geschäft zum Ausdruck gelangten Willen der Parteien der Zuwendung des einen eine solche des anderen gegenübersteht, die nach der subjektiven Wertschätzung desjenigen, der sie erhalten soll, ein Entgelt, einen Gegenwert für seine eigene Leistung (die er erbringt oder zu der er sich verpflichtet) darstellt²⁾.

Zwei Komponenten sind demnach maßgebend, um die Entgeltlichkeit eines Rechtsgeschäftes bejahen zu können: Objektiv eine eigene Zuwendung des Erwerbers (eine Leistung oder die Eingehung einer kausalen Verpflichtung), die subjektiv nach dem Parteiwillen als Ausgleich für den Erwerb verstanden wird.

In der subjektiven Komponente liegt wohl das wesentliche Abgrenzungskriterium des insgesamt entgeltlichen Rechtsgeschäftes zu der gemischten Schenkung³⁾. Zwar ist bei der gemischten Schenkung objektiv ein Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung erforderlich.

1) Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 12; Schreiber, Iher. Jahrb. 60, 174 f; Cosack, Lehrbuch, 1. Bd. § 199, S. 488 ff; Soergel-Mühl, § 516 Rz 12; MünchKomm-Kollhosser, § 516 RdNr. 13.

2) Larenz, AT, § 18, S. 297 f.

3) Gemischte Schenkung liegt vor, wenn die Parteien das objektive Mißverhältnis von Zuwendung und Gegenleistung kennen und sich darüber einig sind, daß der Mehrwert unentgeltlich zugewendet werden soll;
MünchKomm-Kollhosser, § 516 RdNr. 26; BGH NJW 72, 1709, 1710; BGH NJW 61, 604, 605.

Neben dem objektiv zu bestimmenden Merkmal eines auffälligen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung ist aber vor allem in subjektiver Hinsicht erforderlich, daß der eine Vertragsteil aus seiner Vermögenssubstanz den Empfänger der wertvolleren Leistung bereichert und ihm den Wertunterschied in Einigung über die Unentgeltlichkeit, also schenkweise, zuwenden will.

Gegen die rechtliche Qualifizierung als gemischte Schenkung spricht jedoch hier der Parteiwille.

Wie oben ausgeführt¹⁾, sollen die für den Schenker bestimmten Rechte nicht den Erwerb des Beschenkten ausgleichen, sondern dem Schenker nur so erhalten bleiben, wie sie ihm schon vor der Vermögensübertragung zugestanden haben. Der Beschenkte räumt dem Schenker ja ausschließlich Rechtspositionen ein, die dieser bereits vor der Veräußerung kraft seiner Eigentümerstellung innehatte. Hiermit soll der Beschenkte nicht etwa den Erwerb entgelten, sondern die Schenkung letztlich dahin bringen, wie sie wertmäßig und inhaltsmäßig von Anfang geplant und vereinbart war:

1) Vgl. oben S. 160.

als Vermögensminderung des Schenkers in Höhe der Differenz von Sachwert und Wert der dem Schenker bleibenden Rechte¹⁾. Die Bereicherung des Beschenkten liegt deshalb allein im Verkehrswert des Geschenkes, dagegen nicht in dessen wirtschaftlicher Nutz- oder Verwertbarkeit.

-
- 1) Gerade aus diesem Grund ist nach Ansicht von Rechtsprechung und Lehre die Zuwendung eines bereits dinglich (Hypothek, Nießbrauch) belasteten Grundstücks an einen Minderjährigen nicht rechtlich nachteilig im Sinne des § 107. Die dingliche Belastung ruht auf dem Gegenstand selbst und mindert nur seinen Wert. RGZ 148, 321, 324; MünchKomm-Gitter § 107 RdNr. 10. So speziell für die Schenkung an Minderjährige unter Vereinbarung eines Nießbrauchs zugunsten des Schenkers, BayObLG NJW 67, 1912, 1913; BayObLG NJW 74, 1142; Soergel-Hefermehl § 107 Rz 3; MünchKomm-Gitter § 107 RdNr. 23; Erman-Westermann § 107 Rz 4.

Auch der Erwerb eines Gegenstandes unter der Auflage oder dem Vorbehalt einer zu bestellenden dinglichen Belastung ist kein Rechtsnachteil im Sinne des § 107. Rechtlich und wirtschaftlich macht es keinen Unterschied, ob eine bereits belastete Sache übertragen wird, oder eine noch unbelastete Sache mit der Auflage, sofort beim Erwerb die Belastung zu bewilligen. In jedem Fall gibt der Minderjährige nichts von seinem vor der Schenkung vorhandenen Vermögen auf und belastet es auch nicht, so daß es widersprüchlich wäre, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu verlangen. RGZ 148, 321, 324; BayObLG NJW 67, 1912; LG München NJW 64, 456; LG Bremen NJW 66, 2360 mit Anm. von Medicus; LG Augsburg Rpfleger 67, 175; LG Aachen FamRZ 69, 610. MünchKomm-Gitter § 107 RdNr. 13; AA OLG Frankfurt Rpfleger 74, 429; OLG München DNotZ 43, 75; vgl. auch Staudinger-Reuss § 525 Rz 6; BGB-RGRK-Meyer § 525 Rz 1.

Besteht die Zuwendung in einer Schenkung der Eltern an das minderjährige Kind, so ist weder § 181 noch § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 anwendbar, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich rechtliche Vorteile schafft. Solange die Reduktion der Vertretungsbeschränkung auf eindeutige Fälle bloßer Kindsbegünstigung erstreckt wird, entfällt der für die Normanwendung entscheidende Schutzzweck; BGHZ 24, 374 = NJW 57, 1187; BGHZ 59, 236; BGH FamR 75, 480; BFH NJW 77, 356; Palandt-Diederichsen § 1629 Anm. 4; Palandt-Heinrichs § 181 Anm. 2 c bb; MünchKomm-Kollhosser § 516 RdNr. 11; Staudinger-Reuss § 516 Rz 2.

Die Zuwendung des Schenkers besteht somit in der Übereignung der Sache unter Vereinbarung der oben im einzelnen dargestellten Rechte. Demnach sind zur Ausgestaltung der Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. I und somit zur inhaltlichen Vollendung der Schenkung noch weitere Willenserklärungen des Beschenkten erforderlich, da unser Recht eine vor der schenkweisen Zuwendung erfolgende Abspaltung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts nicht gestattet. Lediglich wegen der bürgerlich-rechtlich notwendigen Konstruktion wählen die Parteien den gegenseitigen Austausch von Zuwendungen, betrachten ihn aber nicht als Entgelt, sondern als inhaltliche der Parteivereinbarung entsprechende Fertigstellung der Schenkung. Es handelt sich also nicht um eine gemischte Schenkung.

Die dargestellten Schenkungsverträge tragen auch typische Wesenszüge der Auflagenschenkung.

Im Fehlen einer auch nur teilweisen Gegenleistung liegt das wesentliche Unterscheidungskriterium der Auflagenschenkung zur gemischten Schenkung, d.h. die Parteien betrachten den zur Erfüllung der Auflage erforderlichen Betrag objektiv auch nicht teilweise als Ausgleich für den Erwerb¹⁾.

1) Es kommt also auf die Vorstellung der Parteien an und nicht so sehr auf das objektive Wertverhältnis, vgl. v. Tuhr II, 2te Hälfte, § 75, S. 168; Lenel AcP 74, 233.

Während früher die Ansicht vertreten wurde¹⁾, die Schenkung unter Auflage sei einer gemischten Schenkung ähnlich und müsse deshalb in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufgegliedert werden, versteht die wohl herrschende Meinung²⁾ die Auflage als Nebenbestimmung, die den Beschenkten zur Erreichung eines bestimmten Zwecks in irgendeiner Weise rechtlich verpflichtet³⁾. Die Zweckerreichung ist dabei so beachtlich, daß der Schenker auf die Erfüllung der Auflage einen klagbaren Anspruch hat.

Die AufLAGENSchenkUNG unterscheidet vom entgeltlichen Rechtsgeschäft, daß Zuwendender und Empfänger die erbrachten Leistungen einander nicht gleichsetzen, sondern die eine Leistung als Hauptsache und die andere als Nebensache betrachten⁴⁾.

Man kann auch ein Unterscheidungskriterium darin sehen, daß die Auflage aus der Zuwendung bzw. ihrem Wert erfüllt werden soll.

Wird die dem Empfänger auferlegte Leistung vereinbarungsgemäß aus dem zugewendeten Vermögen erbracht, kann auf eine Schenkung unter Auflage geschlossen werden⁵⁾.

1) Motive II, S. 299 gebrauchten die synonymen Ausdrücke "lästiger" und "freigebigiger" Vertrag.

2) Statt vieler: Soergel-Mühl, § 525 Rz 1; Fikentscher, § 73, S. 431.

3) Die Schenkung unter Auflage ist ein verpflichtender Schuldvertrag, Larenz II; § 47, S. 163.

4) Insbes. Coing, zu OGH Köln, NJW 49, 260 ff; Esser II, § 67 S. 87 ff grenzt in diesem Sinne die Schenkung unter Auflage von der Zweckschenkung ab; Enneccerus-Lehmann § 125, S. 484.

5) v. Tuhr, § 75, S. 168; Larenz II, § 47, S. 163. Diese Auffassung wird durch den Gesetzestext gestützt, vgl. § 527, Abs. I: "...als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen."

Wie ausgeführt¹⁾, will der Schenker die ihn zur wirtschaftlichen Verwertung des Geschenkes berechtigenden Positionen nicht im Sinne einer Gegenleistung erhalten. Er bezweckt mit ihnen lediglich die Sicherstellung einer wirtschaftlichen Nutzung des Schenkungsgegenstandes nach Schenkungsvollzug. Auch mit einer Auflagenschenkung kann der Schenker eine bestimmte Verwertung des Gegenstandes bezwecken.

Eine weitere Ähnlichkeit mit der Auflagenschenkung liegt darin, daß alle Rechte ausschließlich unter Zuhilfenahme der verschenkten Sache bestritten werden: Das Nutzungsrecht gewährt die Nutzung der Einkünfte aus der Vermietung oder sonstigen Verwertung der Sache und ihre gewöhnliche Verwaltung; das uneingeschränkte Verwaltungsrecht und das Verfügungsrecht gestatten die völlige Umgestaltung und Ersetzung der Sache oder ihre Verwendung als Sicherheit oder Pfand; das Widerrufsrecht gibt dem Schenker schließlich die Möglichkeit, das Geschenk nach seinem Dafürhalten wieder dem eigenen Vermögen zuzuführen.

Hiermit ist ein für die Auflagenschenkung typisches²⁾ Abgrenzungskriterium zur gemischten Schenkung gegeben, daß nämlich die Mittel, die zur Erfüllung der Auflage erforderlich sind, nicht aus dem eigenen sonstigen Vermögen des Beschenkten, sondern aus der Substanz des Geschenkes bestritten werden.

1) Vgl. oben S. 161.

2) v. Tuhr, § 75, S. 168; Larenz II, § 47, S. 163 f.

Wie zur gemischten Schenkung, bestehen aber auch zur Auflagenschenkung wesentliche Unterschiede:

Wie schon ausgeführt, verfolgen die Parteien mit der Erhaltung der Rechte zugunsten des Schenkers bestimmte Zwecke, die für den Abschluß des Rechtsgeschäftes zumindest ebenso relevant sind, wie der Zweck der Zuwendung durch Schenkung. Ohne sich ein Nutzungsrecht und die anderen Rechtspositionen zu erhalten, würde der Schenker nicht zuwenden, da er nur in Verbindung mit der Erhaltung jener Rechte seine Zwecke erreichen kann. Schenkweise Zuwendung und Rechtserhaltung sind deshalb für die Parteien gleichbedeutend. Während nun die Auflage nach herrschender Meinung den Charakter einer Nebenbestimmung besitzt, d.h. der Zweck, schenkweise zuzuwenden, im Vordergrund steht, ist dies bei der Schenkung unter Vorbehalt gewisser Rechte zugunsten des Schenkers nicht der Fall. Hier sind Rechtserhaltung und schenkweise Zuwendung gleichbedeutende Mittel zur Durchsetzung des parteilich beabsichtigten Geschäftes. Dies spricht gegen eine Einordnung der modernen Schenkungen als Auflagenschenkung.

Ein weiteres Merkmal der Auflagenschenkung liegt darin, daß das Gesetz dem Schenker einen Anspruch auf Vollziehung der Auflage einräumt (§ 525 Abs. I) und dem Beschenkten gestattet, die Erfüllung der Auflage unter bestimmten Umständen zu verweigern (§ 526). Das Gesetz geht demnach davon aus, daß Schenkungsvollzug und Aufлагenerfüllung zeitlich auseinanderfallen.

Anders ist es bei den oben dargestellten Schenkungsverträgen. Die zur Nießbrauchsbestellung erforderliche dingliche Einigung erfolgt meist unmittelbar bei Abschluß des Schenkungsvertrages und wird zu seinem inhaltlichen Bestandteil.

Bereits hiermit hat der Schenker eine dingliche, einseitig nicht mehr entziehbare Rechtsposition (§ 873 Abs. II). Auch das obligatorische außerordentliche Verwaltungs- und Widerrufsrecht sowie die dingliche Verfügungsmacht werden unmittelbar bei Abschluß des Schenkungsvertrages vereinbart. Ein darüberhinausgehender Vollzug ist nicht möglich, und im Falle des Nießbrauchs ist die Grundbucheintragung von einer Handlung des Beschenkten unabhängig¹⁾.

Demnach kann der Schenker nicht Erfüllung verlangen und der Beschenkte die Rechtsentstehung nicht mehr verweigern. Dies widerspricht den Regeln der Schenkung unter Auflage.

Auch entsprechen die mit der Auflagenschenkung verbundenen Nachteile nicht dem Willen des Schenkers. So wäre er nach § 525 zur Vorleistung verpflichtet und bei Nichterfüllung der Auflage müßten die Rücktrittsvoraussetzungen nach den §§ 325, 326 gegeben sein, (§ 527). Der Umfang der Herausgabepflicht bestimmt sich nach Bereicherungsrecht (§ 527 Abs. I), bei Wegfall der Bereicherung - etwa durch unentgeltliche Veräußerung - entfällt regelmäßig die Herausgabeverpflichtung (§ 818 Abs. III); nur im Falle des § 822 und bei Bösgläubigkeit nach Maßgabe der §§ 819, 818 Abs. IV, 229, 989 ff wird fortgehaftet. Außerdem kann der Beschenkte bei Vorliegen von Mängeln die Erfüllung der Auflage verweigern (§ 526).

1) Art. 13 ff, GBO.

Zusammenfassend ist daher festzustellen:

Das wesentliche Abgrenzungskriterium der dargestellten Schenkungsverträge zur gemischten Schenkung ist darin zu sehen, daß die dem Schenker eingeräumten Rechte den Erwerb des Beschenkten nicht entgelten sollen. Die Rechte sollen dem Schenker vielmehr erhalten bleiben. Sein Vermögen soll sich nur um die Differenz von Sach- und Rechtswert vermindern. Nur wegen der rechtlichen Konstruktion werden dem Schenker erst mit der Eigentumserlangung des Beschenkten die Rechte eingeräumt. Somit berühren die Vereinbarungen von Nießbrauch, außerordentlichem Verwaltungsrecht, Verfügungsrecht, Widerrufs- und Rückforderungsrecht nicht das Merkmal der Unentgeltlichkeit, sondern nur die Höhe der Vermögensminderung und der Bereicherung.

Von der Auflagenschenkung unterscheiden sich die dargestellten Schenkungen dadurch, daß die bestimmungsgemäße Verwendung des Schenkungsgegenstandes - zum Zweck der Erwerbssicherung für den Schenker und zur Steuerersparnis - nicht nur eine Nebenvereinbarung darstellt, sondern den Hauptzweck des Rechtsgeschäftes bildet.

Diesem Zweck würden die Regeln der Auflagenschenkung in den §§ 525 bis 527 nicht gerecht werden. Sie können deshalb auf jene Schenkungen nicht angewendet werden.

Unter Berücksichtigung des Parteiwillens, dem Schenker Rechte und Befugnisse zu erhalten, die er schon vor der Veräußerung hatte, kann man das Rechtsgeschäft als Schenkung unter Vorbehalt¹⁾ bezeichnen und neben die Begriffe der gemischten Schenkung oder Schenkung unter Auflage stellen.

1) So vor allem Kapp, BB 71, 57; Knur, DNotZ 74, 721; Petzoldt, BB 74, 1020; Westhoff, DB 72, 809.

IV. Sinn und Bedeutung des § 518 für Schenkungsversprechen der Praxis

Die für die heutige Zeit typischen Schenkungen entsprechen nicht dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Typus.

Wie eingangs dargestellt, geht das Schenkungsrecht des BGB vom Modell eines opferbereiten und aus altruistischen Beweggründen Schenkenden aus¹⁾. Der Gesetzgeber verstand als Schenkung nur eine altruistische Zuwendung. Den Schenker stellte man sich als großherzige, selbstlose, oft von Emotionen und spontanen Regungen geleitete Person vor.

Diese vermuteten Wesenszüge und Charaktereigenschaften tragen dazu bei, daß die Schenkung auch von der Lehre als etwas außerhalb der "normalen" Güterbewegung des täglichen Lebens Stehendes betrachtet wird²⁾ und man in ihr den Gegensatz zu den wirtschaftlichen Veräußerungsgeschäften wie Kauf und kaufähnlichen Rechtsgeschäften sieht³⁾. Die §§ 516 ff berücksichtigen diese Vorstellungen. So werden das altruistische Wesen der Schenkung, die Opferbereitschaft des Schenkers und die Einseitigkeit der Vermögenshingabe in den §§ 516 ff durch eine Reduzierung der Haftung (§§ 521, 523, 524), eine beschränkte Bestandskraft (§§ 519, 528, 530) und die zur Wirksamkeit des Schenkungsversprechens erforderliche Form des § 518 beachtet⁴⁾.

1) Vgl. oben S. 6 ff.

2) Boehmer, aaO, S. 148; Burkhard, aaO, S. 37.

3) Heck, aaO, § 92, S. 89 ff.

4) Vgl. hierzu ausführlich S. 10 ff, oben.

Während die Haftungsbeschränkung und die eingeschränkte Bestandskraft der Schenkung mehr oder weniger auf der Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts und der persönlichen Beziehung der Vertragsparteien beruhen¹⁾, trägt § 518 vor allem der Befürchtung Rechnung, es entspräche dem emotionalen und von spontanen Regungen getragenen Wesen des Schenkers, übereilt und leichtfertig in der Weise zu schenken, daß eine Leistung schenkweise nur versprochen werde²⁾.

Gerade weil die Vermögensminderung hier bereits in der Abgabe einer Willenserklärung liegt und diese ja vom Schenker noch nicht so wie die Übergabe einer konkreten Sache als Vermögensminderung "gespürt" wird, erscheint der Schenker dem Gesetzgeber schutzwürdig. Die zur Wirksamkeit der Schenkung in diesem Falle erforderliche Form der notariellen Beurkundung des Versprechens soll deshalb eine Schranke sein, die den Schenker vor der Bedeutung und der Verbindlichkeit des Geschäftsabschlusses warnt. Zugleich sollen Forderungen aus übereilt und spontan gegebenen Schenkungsversprechen ausgeschlossen werden. Das Gesetz setzt die Form auch als psychologisches Mittel ein, um den Schenker zur Besinnung und sorgfältigen Überlegung anzuhalten³⁾. Im Gegensatz zu den Vorstellungen des Gesetzgebers von den Wesenszügen der Schenkung und den Eigenschaften des Schenkers stehen die Schenkungen in der heutigen Rechtswirklichkeit.

1) Vgl. oben S. 11 ff.

2) Vgl. oben S. 50 ff.

3) Vgl. oben S. 51 ff.

Wie dargelegt wurde, prägen vor allem wirtschaftliche Züge und an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientierte rationale Überlegungen den Schenker und ausgeklügelte Vereinbarungen die Schenkung¹⁾.

Sie ist nur noch bedingt altruistisch.

Es fragt sich deshalb, ob die zur Wirksamkeit des Schenkungsversprechens erforderliche Form noch nötig und sinnvoll ist.

Als Alternativen bieten sich an: der gänzliche Verzicht auf Form, die einfache Schriftform oder die eigenhändig geschriebene Erklärung eventuell in Verbindung mit der Unterschriftsbeglaubigung oder der Abgabe der Erklärung vor Zeugen.

Kegel²⁾ und Zweigert³⁾ fordern seit langem für das Schenkungsversprechen die Formfreiheit⁴⁾.

1) Vgl. oben S. 127 ff.

2) Kegel, JZ 52, 657, "In einem ausgereiften Recht kann auf Form beim Schenkungsversprechen verzichtet werden, ein Schritt, den Art. 317 AHGB beim Kaufmann bereits getan hat. Die Warnung des Versprechenden erscheint entbehrlich und die Möglichkeit, daß er durch formlose Erklärung kein Klagerecht einräumen wollte, sollte nicht mehr in einem Formerfordernis schematisch bejaht werden, sondern nur im Einzelfall zur besonders sorgfältigen Prüfung führen, ob der Versprechende einen Anspruch gewähren, d.h. sich überhaupt rechtsgeschäftlich binden wollte."

3) Zweigert, JZ 64, 349 ff, 353; "Freilich, was das deutsche Recht angeht, so ist es mit seiner Norm über das Schenkungsversprechen noch nicht auf der Höhe gegenwärtiger Bedürfnisse. Denn diese Vorschrift mit ihrer reinen Warnfunktion betont einseitig das Interesse des Versprechenden und berücksichtigt weder den Zweck der Schenkung noch das Interesse des Versprechensempfängers, der unter Umständen in berechtigtem Vertrauen auf das Versprechen seine Position zu seinem Nachteil verändert hat."

4) Kegel, JZ 52, 657.

Wenn das Gesetz die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte von der Wahrung einer Form abhängig macht, bedarf diese Durchbrechung des Grundsatzes der Formfreiheit der Rechtfertigung durch besondere damit verfolgte Zwecke¹⁾. Als diese bezeichnet man herkömmlicherweise den Beweiszweck, den Warnzweck und den Klarstellungszweck²⁾.

Die Form soll grundsätzlich den Beweis des Rechtsgeschäftes seinem Bestande und Inhalt nach sicherstellen (Beweiszweck), sie soll die Beteiligten zur Besonnenheit anhalten, sie vor Übereilung schützen und die Ernstlichkeit der Erklärung gewährleisten (Warnzweck) und sie soll schließlich die Vollendung des Geschäftsabschlusses (Unterscheidung von Vorverhandlungen) außer Zweifel stellen und den Geschäftswillen unzweideutig zum Ausdruck bringen (Klarstellungszweck).

Es erscheint fraglich, ob gerade diese Zwecke die Form des § 518 Abs. I rechtfertigen.

Die Schenkungsversprechen der Praxis zeichnen sich dadurch aus, daß sie mit einer Vielzahl von weiteren Vereinbarungen verknüpft sind, durch welche auf längere Zeit eine Dauerbeziehung, ja oftmals sogar ein Dauerschuldverhältnis zwischen Schenker und Beschenktem entsteht.

Ganz abgesehen davon, daß beispielsweise zur Wirksamkeit einer Grundstücksschenkung bereits nach § 313 BGB die notarielle Beurkundung des Schenkungsvertrages erforderlich ist, entspricht es nun typischerweise dem Rechtsverkehr, einen Vertrag, der aus einer Vielzahl von vertraglichen Abreden besteht, schriftlich festzuhalten.

1) Vgl. oben S. 52 ff.

2) Jansen, aaO, RdNr. 4 zu § 17 BeurkG.

Jedermann weiß, daß sich bereits nach kürzerer Zeit niemand mehr an die einzelnen Vereinbarungen, geschweige denn den Inhalt des gesamten Vertragswerkes erinnern kann. Gänzlicher Formverzicht widerspräche hier jeglicher Lebenserfahrung. Gerade weil die Parteien das Rechtsgeschäft verbindlich abschließen wollen und weil mit dem Geschäft die verschiedensten Zwecke verfolgt und erreicht werden sollen, liegt den Vertragsschließenden selbst daran, alles so niederzulegen, daß es im Bedarfsfalle hervorgeholt, überprüft und nachgewiesen werden kann. Kegels¹⁾ Ansicht paßt nicht zu den Schenkungsversprechen der Praxis.

Auch wenn die einzelnen Abreden vor Zeugen abgegeben werden, würde ein erhebliches Maß an Unsicherheit bleiben, da sich auch Zeugen erfahrungsgemäß nach einem längeren Zeitraum nicht mehr an alles erinnern können.

Der Rechtsverkehr erachtet also bereits aus Beweissicherungszwecken eine förmliche Fixierung des Vertragsinhaltes für sinnvoll.

Dieser Zweck könnte aber auch durch eine geringere Formanforderung als die der notariellen Beurkundung erreicht werden.

Man kann an die einfache Schriftform, die eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung in Anlehnung an die Form des eigenhändigen Testaments in § 2247, eventuell noch in Verbindung mit der Unterschriftsbeglaubigung, denken.

1) Vgl. oben S. 175.

Hierdurch würden die Parteien ebenfalls an die Bedeutung und Verbindlichkeit des Geschäftsabschlusses erinnert, und es wäre gewährleistet, daß das Versprechen nicht als Ankündigung einer erst später vorzunehmenden Schenkung verstanden wird.

Die Durchbrechung des Grundsatzes der Formfreiheit durch schriftliche Niederlegung des Vertragswerkes wäre also jedenfalls gerechtfertigt.

Betrachtet man nun die mit der Schenkung beabsichtigten Ziele und ihre eventuellen Folgen, so fragt man sich, ob die Parteien überhaupt ohne Hilfe eines Fachmannes auskommen können. Gerade der besondere Charakter der modernen Schenkungen, der von rechtlich komplizierten Regelungen zur Absicherung des Schenkers und den verschiedenen Schenkungszwecken gekennzeichnet ist, läßt die Beratung durch eine unparteiische und fachkundige Person, eben den Notar, unerläßlich erscheinen. Berücksichtigt man auch die Vermögenswerte, die beispielsweise bei Grundstücksschenkungen übertragen werden, sowie die verschiedenen Zwecke der Schenkung und die Rechtsgebiete, die von ihr berührt werden, so erscheint die Mitwirkung einer neutralen und rechtskundigen Person am Geschäftsabschluß unumgänglich.

Handelt es sich um eine Vorwegnahme der Erbfolge, ist es in den meisten Fällen für den Schenker oder seine Familie aus Existenzgründen erforderlich, das verschenkte Vermögen unter allen Umständen dem eigenen oder zumindest dem Familienbesitz zu erhalten und den Beschenkten an einer vollständigen Verwertung des Geschenkes oder gar einer Veräußerung zu hindern. Dies rechtlich abzusichern, bereitet dem Laien erhebliche Schwierigkeiten.

Wegen § 137 BGB kann der Schenker die Veräußerung des Geschenkes nicht wirksam verbieten. Bei der Ausgestaltung des Nießbrauchrechtes darf der Schenker nicht so weit gehen, sich als Inhalt des Nießbrauches ein Verfügungsrecht vorzubehalten, da dies ein unzulässiger Dispositionsnießbrauch wäre¹⁾. Der Zweck, den verschenkten Gegenstand auch nach dem Tode des Schenkers zur wirtschaftlichen Sicherstellung der Ehefrau zu verwenden, führt zu erbrechtlichen und güterrechtlichen Problemen.

Vor Vertragsabschluß hat sich der Schenker ferner über Güterstand, Vorhandensein pflichtteilsberechtigter Verwandter und nichtehelicher Abkömmlinge klar zu sein. Dann ist zu prüfen, ob nicht bereits eine Verfügung von Todes wegen existiert oder ob die Bestimmungen eines Erbvertrages oder eines gemeinschaftlichen Testaments zu berücksichtigen sind.

Überträgt der Schenker erhebliche Teile seines Vermögens auf Minderjährige, tut er gut daran, sich Rückforderungsrechte zu erhalten, um den Rechtserwerb wieder revidieren zu können, wenn entweder bestimmte Voraussetzungen in der Person des Beschenkten eintreten oder es dem Schenker nach seinem Dafürhalten angebracht erscheint, denn er kann zum Zeitpunkt der Schenkung noch nicht voraussehen, wie sich das Vermögen in den Händen des Beschenkten entwickelt.

Auch der Schenker, der unentgeltlich eine Beteiligung an seinem Geschäft oder eine Unterbeteiligung an seinem Gesellschaftsanteil einräumen möchte, steht vor erheblichen Schwierigkeiten, wenn er nach einem interessengemäßen und für sein Geschäft oder Unternehmen sinnvollen Vertrag sucht.

1) Siehe oben S. 131 f.

Er hat einzelne Regelungsmöglichkeiten unter Lebenden und von Todes wegen miteinander zu verbinden, um zu einer den wirtschaftlichen, finanziellen und familiären Verhältnissen entsprechenden Lösung zu kommen.

Schon hiermit wird deutlich, daß er ohne die Beratung einer sachkundigen Person vor einer fast unlösbaren Aufgabe steht. Noch stärker kommt dies zum Ausdruck, wenn man die einzelnen Motive und Schenkungszwecke betrachtet.

Wird die schenkungsweise Einräumung einer Beteiligung oder Unterbeteiligung aus Gründen der Unternehmensnachfolge gewählt, so empfiehlt sich, die Rechte und Machtbefugnisse des künftigen Nachfolgers so zu gestalten, daß er - oder eine Mehrzahl von Nachfolgern - später möglichst unabhängig an der Spitze des Unternehmens stehen kann, daß aber bei "Gefahr im Verzug" die zu ihrer Abwendung erforderlichen Schritte von den anderen Beteiligten rechtzeitig unternommen werden können¹⁾.

-
- 1) Dementsprechend wird in der Praxis empfohlen, von einer der folgenden Einschränkungen Gebrauch zu machen, Haegele-Litfin, aaO, RdNr. II, 110 ff, 113:
- a) Die Aufnahme kommt automatisch in Wegfall, wenn sich beim neu Aufgenommenen innerhalb einer bestimmten Zeit von Jahren ergibt, daß er die zur Erfüllung seiner Aufgabe nötige Befähigung nicht besitzt (auflösende Bedingung). Dabei ist an die Festlegung einer Person zu denken, die an Stelle eines Wiederausgeschiedenen treten soll, sowie an die angemessene Abfindung des Ausscheidenden.
 - b) Die Aufnahme kommt automatisch in Wegfall, wenn der Aufgenommene innerhalb der nächsten x Jahre kinderlos stirbt oder ohne Abkömmlinge geblieben ist (auflösende Bedingung). Auch hier kommt Festlegung einer Ersatzperson und Abfindungsregelung in Frage. Gesetzlich besteht bei auflösender Bedingung allerdings kein Abfindungs- (Entschädigungs-) Anspruch (abgesehen vom Gewinnanspruch).

Außerdem hat er neben der Nachfolge in der späteren Leitung des Unternehmens die Art der Beteiligung der übrigen Familienangehörigen zu berücksichtigen.

Einer zu großen Zersplitterung und der Gefahr der Überfremdung im Unternehmen durch Eintritt von nicht-familienangehörigen Personen ist möglichst vorzubeugen.

-
- c) Hinausschiebung des Eintritts der zu Lebzeiten festgelegten Aufnahme bis zum Tode des Unternehmers (aufschiebende Bedingung mit rechtlich geschütztem Anwartschaftsrecht des Aufzunehmenden).
 - d) Sofortige Aufnahme eines Kindes mit dem Recht des Unternehmers, die - schenkweise erfolgende - Übertragung durch einseitige (empfangsbedürftige) Erklärung gegenüber dem Kind zu widerrufen. Dabei kann festgelegt werden, daß für den Widerruf ein bestimmter Grund erforderlich ist oder daß ein solcher Grund nicht vorzuliegen braucht, zum mindesten nicht anzugeben ist (Schenkung unter Vorbehalt des Widerrufs insbesondere dann, wenn die Entwicklung des Kindes noch nicht vorausszusehen ist). In gleicher Weise kann sich der Unternehmer ein Rücktrittsrecht für eine bestimmte Zahl von Jahren (etwa 10-15) vorbehalten, das innerhalb der festgelegten Frist im Falle seines Todes durch den Ehegatten ausgeübt werden kann. Beide Möglichkeiten bei der Übertragung vorzubehalten, erscheint nicht erforderlich.
 - e) Im Gesellschaftsvertrag kann bereits festgelegt werden, daß einem seine Beteiligung zulässigerweise ganz oder teilweise an einen Sohn abtretenden Gesellschafter das Recht zustehen soll, den Sohn ohne Angabe von Gründen oder aus einem im Vertrag angeführten Grund (vgl. die Beispiele bei Buchstabe a) und b)) aus der Gesellschaft auszuschließen, und zwar gegen angemessene Abfindung, etwa zum Buchwert.
Zu Bedenken steuerlicher Art siehe Haegele-Litfin, aaO, RdNr. II, 110 ff.
Aus steuerlicher Sicht ist allerdings von so einschneidenden Regelungen zu Lasten der Abkömmlinge abzuraten, da steuerliche Vorteile verlustig zu gehen drohen - vgl. Haegele-Litfin, aaO, RdNr. II, 113.

Erfolgt die Schenkung aus steuerlichen Gründen, muß sie so angelegt sein, daß sie von den Finanzbehörden anerkannt wird. Bei Unterbeteiligungen naher Angehöriger ist dies beispielsweise nur dann der Fall, wenn die Beteiligung ernstlich gewollt, klar und eindeutig vereinbart und vollzogen wird¹⁾, also tatsächlich eine wirtschaftliche Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist und der Hauptbeteiligte über den Anteil des Unterbeteiligten und dessen Erträge nicht verfügen kann.

Dabei werden an Klarheit und Eindeutigkeit der Abmachungen mit Recht hohe Anforderungen gestellt²⁾. Der BFH fordert für die Einkommenssteueranerkennung einer handelsrechtlichen Personengesellschaft - im konkreten Fall einer stillen Gesellschaft zwischen Eltern und Kind - klare Rechtsverhältnisse und Übereinstimmung zwischen den tatsächlichen Verhältnissen und dem Gesellschaftsvertrage³⁾.

Diese Erfordernisse gelten nach Ansicht des BFH vor allem für Innengesellschaften. Während nämlich die anderen Gesellschaften stets erhebliche Rechtswirkungen nach außen entfalten würden, weshalb in einem größeren Ausmaß die Vermutung berechtigt sei, daß die tatsächlichen Verhältnisse den konkreten Gestaltungen entsprechen, sei dies gerade bei der stillen Gesellschaft nicht so selbstverständlich, da sie nach außen hin keine Rechtswirkungen zeige.

-
- 1) Halmburger, aaO, S. 175; BFH, BStBl III 56, 381. Schmidt, StBp 70, 26 ff; BFH, BStBl II 75, 141.
 - 2) Sudhoff, aaO, S. 57; BFH, BStBl III 63, 211; 64, 156.
 - 3) Halmburger, aaO, S. 164.

"Es müssen deshalb bei der stillen Gesellschaft im besonderen Ausmaße eine klare Rechtsgestaltung und klare Verhältnisse gefordert werden¹⁾."

Eine weitere Voraussetzung, von welcher die Rechtsprechung die Anerkennung schenkweise eingegangenen Beteiligungs- und Unterbeteiligungsverträge abhängig macht, ist, daß der Schenkungs- und Gesellschaftsvertrag bürgerlich-rechtlich wirksam abgeschlossen wurde. Besonders bei der Beteiligung Minderjähriger ist darauf zu achten, daß nach § 1822 Ziff. 3 der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird, grundsätzlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Hieraus folgt, daß der Schenker ohne einen Fachmann nicht mehr auskommt. Sämtliche Regelungen schenkungsrechtlicher, erb-, gesellschafts-, güter- und steuerrechtlicher Art müssen juristisch einwandfrei sein, miteinander harmonisieren und die Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls beachten. Nur dann kann ein interessengerechter und dauerhafter Vertrag geschlossen werden, der nicht bei der ersten Unstimmigkeit zu einem Rechtsstreit zwischen den Beteiligten führt.

Am besten läßt sich dies mit Hilfe des Notars erreichen. Er hat eine unparteiische, neutrale Stellung, und seine Pflichten sind im Beurkundungsgesetz klar niedergelegt.

1) BFH, Zit. bei Halmburger, aaO, S. 164.

Gemäß § 17 Beurkundungsgesetz soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei hat er darauf zu achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit diesen erörtert werden. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.

Gemäß § 18 BeurkG hat der Notar die Beteiligten auf die erforderlichen gerichtlichen oder behördlichen Genehmigungen und Bestätigungen oder darüber bestehende Zweifel hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken.

Hiernach lassen sich die Pflichten des Notars wie folgt zusammenfassen:

Dem Notar obliegt die Pflicht zur Erforschung des Willens der Beteiligten, zur Klärung des Sachverhalts, zur Belehrung über die rechtliche Tragweite, zur Wiedergabe der Erklärungen in der Niederschrift und die Pflicht, Zweifel mit den Beteiligten zu erörtern und auszuräumen.

Gerade die in der Praxis vorgefundenen Schenkungen belegen, daß § 518 auch in der heutigen Zeit eine sehr sinnvolle und durchaus notwendige Regelung darstellt.

Schlußbemerkung

a) Schenkungsversprechen der Praxis sind beispielhaft dafür, daß sich die Formzwecke des § 518 gewandelt haben.

Gründe, die zur Zeit der Schaffung des BGB für die Form sprachen, können heute zumindest bei großen Schenkungen nicht mehr überzeugen¹⁾.

So stehen der Warnungszweck und der Schutz vor übereiltem Eingehen einer Verpflichtung nicht mehr im Vordergrund. Diese herkömmlichen Formzwecke²⁾ werden vielmehr von dem Zweck verdrängt, durch die Mitwirkung einer fachkundigen und neutralen Person am Geschäftsabschluß ein interessengerechtes Ergebnis zu erzielen und auf lange Sicht eventuellen Streitigkeiten vorzubeugen.

Gerade dieser Formzweck rechtfertigt auch heute noch das Formerfordernis des § 518.

b) Schenkungen der Praxis zeigen des weiteren, daß dem modernen Schenker die Rechtshandhaben nicht genügen, die ihm das Gesetz zur Sicherung der eigenen wirtschaftlichen Lage in den §§ 519³⁾, 528⁴⁾ und zum Widerruf der Schenkung in den §§ 530 ff⁵⁾ gibt.

1) Es ist also U. Burger zu folgen, die ausführt, daß jede Zeit die Frage nach dem Sinn und Zweck einer Formvorschrift wieder neu stellen muß, Burger, Diss., S. 175.

2) Vgl. 2. Kap., II., S. 50 f.

3) Vgl. 1. Kap., S. 13 f.

4) Vgl. 1. Kap., S. 17 f.

5) Vgl. 1. Kap., S. 19 f.

Dies ist bei der schenkweisen Übertragung bedeutenderer Vermögenswerte auch nur allzu verständlich, bedenkt man, daß das Gesetz dem bedürftigen Schenker ein Rückforderungsrecht erst dann gewährt, wenn er "außerstande" ist, den eigenen Unterhalt selbst zu bestreiten, was nach herrschender Ansicht bedeutet, daß er auch seine letzten Reserven angegriffen haben muß¹⁾.

Die rechtlich nicht zu beanstandenden Möglichkeiten, zugunsten des Schenkers den Nießbrauch am Geschenk zu bestellen²⁾, ihm daneben noch ein Verwaltungsrecht einzuräumen, das über die Rechte des Nießbrauchers hinausgeht³⁾, und ihn eventuell sogar zur Verfügung über das Geschenk zu ermächtigen⁴⁾ oder jedenfalls den Beschenkten an einer Verfügung über das Geschenk zu hindern⁵⁾, können übrigens eine vermögende Person viel eher zu einer schenkweisen Vermögensübertragung geneigt machen, als wenn zur eigenen wirtschaftlichen Absicherung nur die Einrede des Notbedarfs nach § 519 und die Rückforderung wegen Verarmung nach § 528 gegeben wären, zumal beide Bestimmungen ja nur im Extremfall⁶⁾ zum Zurückbehalten der versprochenen Leistung bzw. zur Rückforderung des Geschenkes berechtigen.

1) Vgl. 1. Kap., S. 18.

2) Vgl. 3. Kap., II. 4. a), S. 127 f.

3) Vgl. 3. Kap., II. 4. b), S. 133 ff.

4) Vgl. 3. Kap., II. 4. c), S. 136 ff.

5) Vgl. 3. Kap., II. 4. c), d), S. 136 ff.

6) Vgl. 1. Kap., S. 13 ff.

Ähnlich verhält es sich, wenn nach Schenkungsvollzug oder nach der Abgabe eines Schenkungsversprechens Veränderungen in der Person oder zumindest in der Sphäre des Beschenkten eingetreten sind. Auch hier gewährt das gesetzliche Schenkungsrecht dem Schenker nur sehr eingeschränkte Rechte, nämlich nur den Widerruf bei grobem Undank des Beschenkten, § 530.

Betrachtet man Schenkungen, die beispielsweise in der Begründung eines Dauerschuldverhältnisses zwischen den Vertragsparteien bestehen, wie es typischerweise bei der schenkweise erfolgenden Beteiligung am Geschäft eines Kaufmannes oder der Unterbeteiligung am Gesellschaftsanteil des Hauptgesellschafters der Fall ist¹⁾, so rechtfertigt es gerade der Gegenstand der Schenkung, die Voraussetzungen im einzelnen anzuführen, unter welchen die Schenkung revidierbar ist. Außerdem liegt es im Interesse beider Parteien, von Anfang an zu wissen, daß auch ein anderes Verhalten des Beschenkten als nur eine undankbare Gesinnung zum Verlust des Geschenkes führen kann.

c) Schenkungsversprechen der Praxis sind beispielhaft dafür, daß sich die Erscheinungsform der Schenkung in der heutigen Rechtswirklichkeit geändert hat²⁾.

1) Vgl. 3. Kap., II. 3., S. 99 ff.

2) Vgl. hierzu 1. Kap., S. 5 ff.

Neben das altruistische, unwirtschaftliche Rechtsgeschäft, von dem die Verfasser des BGB ausgingen¹⁾, oder an seine Stelle ist eine von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten geprägte Vereinbarung getreten, die charakteristische Züge eines wirtschaftlichen Geschäftes trägt.

Diesem Schenkungstypus ist wesentlich, daß der Schenker mit der Schenkung bestimmte Zwecke verfolgt²⁾. Die Zweckerreichung liegt vor allem in seinem Interesse. Die Schenkung soll auch ihm nützen.

Je weiter diese Absicht im Vordergrund steht, desto mehr treten Opferbereitschaft, Altruismus und Freigebigkeit zurück³⁾.

Zur Absicherung seiner Zwecke erhält sich der Schenker verschiedene Rechte, die ihm die Nutzung, Verwaltung und wirtschaftliche Verwertung des Geschenkes gestatten und ihn auch zum Rückerwerb des Geschenkes berechtigen.

Die inhaltliche Ausgestaltung des Schenkungsvertrages modernen Typs zeichnet die Schenkung als wohl-durchdachtes, von langer Hand geplantes Geschäft aus, das erst nach eingehender Beratung und sorgfältiger Überlegung getätigt wird. Von einer Schenkung aus momentanen Regungen und Empfindungen kann dagegen ebensowenig gesprochen werden wie von einer ausschließlich altruistischen Zuwendung; denn Fremdnützigkeit und Opferbereitschaft sind zugunsten einer Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Belange des Schenkers eingeschränkt.

1) Motive II, S. 286 f; v. Meyerfeld, aaO, S. 1 f; Landsberg, aaO, S. 226; Burkhard, aaO, S. 28; Boehmer, aaO, S. 148.

2) Vgl. hierzu 3. Kap., S. 153 ff.

3) Zu den verschiedenen Schenkungszwecken und Absichten, vgl. 3. Kap., III., S. 160.

Da die dargestellten Schenkungsverträge in der Praxis relativ häufig sind, können sie als Beispiel dafür dienen, daß neben die altruistische Schenkung eine aus wirtschaftlichen Gründen erfolgende Zweckschenkung getreten ist. Der nach herkömmlicher Ansicht¹⁾ als emotional und opferbereit, ja unter Umständen als leichtsinnig eingestufte Schenker wurde jedenfalls bei diesem Schenkungstypus vom Geschäftsmann abgelöst, der nicht aus altruistischen Gründen oder gar leichtsinnig und übereilt, sondern wohldurchdacht aus wirtschaftlichen, steuerlichen, erbrechtlichen und familiären Gesichtspunkten zur Erreichung bestimmter Zwecke seine Verfügung trifft.

1) Vgl. 1. Kap., S. 4 ff.

L e b e n s l a u f

Am 13.12.1946 wurde ich in Schwabach als Sohn des Buchhändlers Ernst Uhl und seiner Ehefrau Anni geb. Herling geboren.

Ich besuchte in den Jahren 1953 bis 1957 in Schwabach die Volksschule. Im Herbst 1957 trat ich in das Adam-Kraft-Gymnasium ein. 1959 wechselte ich in das Wolfram-von-Eschenbach-Gymnasium über, an dem ich 1967 die Reifeprüfung absolvierte.

Den Grundwehrdienst leistete ich vom Oktober 1967 bis März 1969.

Seit dem Sommersemester 1969 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich im September 1973, die zweite juristische Staatsprüfung im März 1977 ab.

Seit Mai 1977 bin ich als Rechtsanwalt bei dem Landgericht Nürnberg-Fürth zugelassen.

Copy-Center 2000

852 ERLANGEN · Obere Karlstr. 30
Tel. 09131-26197